mánykiegészítésből származó jellegzetességekkel is, a terjesztési rendelkezéssel kapcsolatos alkotmányos kérdés teljesen új megvilágításba kerül. A demokrácia megkívánja, hogy mindenkinek egyforma esélye legyen arra, hogy hallassa a hangját, és hogy meghallgattassék. A pornóipar legextrémebb formái ellen alkotott terjesztési rendelkezést nem a demokrácia ellenségének, hanem barátjának kellene tekinteni: egy erőfeszítésnek, amely a szabad és nyílt vita alapfeltételeit kívánja megteremteni.

5.

Állami aktivizmus és állami cenzúra

Prológus

Lehet az állam valaha a szabadság barátja? Ez volt a fő kérdés, ami a Yale-en tartott szólásszabadság-óráimon, illetve e kötet eddigi esszéiben foglalkoztatott. E kérdés többnyire a szokásos kontextusokban jelent meg, amikor az állam mint szabályozó lép fel, leginkább úgy, mint rendőr. Egy korábbi helyen e kötetben elismertem, hogy az állam fontos szerepet tölt be a politikai szabadság kiteljesítésében, amikor támogatólag cselekszik, például közoktatást vagy közkönyvtárakat tart fenn. Ennek ellenére a témában nem sok eset került a Legfelső Bíróság elé, így az állam ilyen típusú tevékenysége elenyésző mértékben bukkant fel az óráimon és az írásaimban.

Ám 1989-ben hatalmas botrány tört ki a Nemzeti Művészeti Alap (National Endowment for the Arts, NEA) *egy döntése felett, amikor is az Alap támogatta Robert Mapplethorpe tíz fotográfiájának kiállítását. Az ügy nem eredményezett döntést a Legfelső Bíróság részéről, de vádemelés történt obszcenitás tárgyában, alakult egy elnöki bizottság, és több szenátusi döntés született, amelyek közül az egyik egy új irányítási rendszert szabott az NEA számára. A Mapplethorpe-kiállítás, amely a máig ható botrányt kirobbantotta, kiváló alkalmat teremtett számomra, hogy megvizsgáljak egy sor problémát a támogató állam kérdéskörében.*

Először is, megnéztem a Mapplethorpe-kiállítást a Wadsworth Athenaeumban, Hartford városában (Connecticut) 1989 őszén. Ahogy elhagytam a kiállítást, felrémlett bennem, hogy végre megértettem azt a társadalmi dinamikát, mely Amerikát egy ma elképzelhetetlen tettre vezette – James Joyce Ulyssesének *cenzúrázására. Arra is rájöttem, hogy ahhoz, hogy e társadalmi dinamikát vizsgálni tudjam, szükségem lesz a kiállítás megjelenítésére az órán. Két diákom, Elizabeth E. deGrazia és Donald W. Hawthorne segítségével kivetítőn mutattam be az osztálynak a kiállítást 1990 tavaszán és később 1991 tavaszán is, épp amikor ez az esszé megjelent a* Yale Law Journal*-ben.*

A publikációt megelőzően megmutattam e tanulmány nyersváltozatát egy jogászokból és filozófusokból álló csoportnak – akik SELF (Society of Ethical and Legal Philosophy) *néven ismertek –, mely társasághoz magam is tartoztam éveken át. Igazából a könyv összes esszéje sokat köszönhetett az e társasággal folytatott eszmecserének. Jelen tanulmány a társaság egy tagját, Charles Friedet különösen inspirálta, aki* Szólás a jóléti államban *(Speech in the Welfare State) címmel válaszcikket közölt, amely a* University of Chicago Law Review*-ban jelent meg 1992-ben.*

Az Első Alkotmánykiegészítés legnagyobb sikereit a büntetőjog kordában tartása területén érte el. Valóban, a szabad szólás hagyománya alapvetően olyan esetek mentén szökött szárba, melyekben egy sor különféle bűncselekményért fogtak perbe embereket: rendzavarásért, erőszakra való uszításért, szolgálatmegtagadásért, a kormány megdöntését célzó szervezkedésért, lázító rágalmazásért vagy obszcén kiadványok terjesztéséért. A történet szerint a Legfelső Bíróság először hibásan a cenzorral értett egyet, hozzájárult e vádak alapján született ítéletek érvényben maradásához, ám az 1930-as évek évektől egyre több korlátot helyezett a rendőri hatalom efféle alkalmazásának útjába. Az állam meghatározott elvek alapján olykor letartóztathat és vád alá helyezhet beszélőket – a szólásszabadság nem abszolút –, ám ez csak rendkívüli esetekben történhet meg.

Az elmúlt években megszokhattuk, hogy az állam nem csak mint rendőr, hanem mint oktató, munkáltató, háziúr, könyvtáros, médiaszolgáltató, bankár vagy művészetpártoló is tevékenykedhet. A huszadik század során rendkívül megnőtt az állam hatalma, és még inkább megszaporodtak azok a módok, ahogyan e hatalmat gyakorolni lehet. Amikor az aktivista állam amerikai felemelkedéséről beszélünk, akkor nem csupán az állami szerepvállalás mennyiségi növekedésére utalunk, hanem ennél fontosabb, hogy megváltoztak az állami szerepvállalás módozatai: a szerepvállalástól való távolmaradás, mint negatív szerep felől elmozdulás történt a támogató szerep irányába. E fejlemény politikailag és társadalmilag igen fontos volt, és ugyanakkor az Első Alkotmánykiegészítés számára új kihívásokat jelentett. Tekinthető-e a szabad szólás korlátozásának, ha egy közkönyvtár nem enged gyűjteményébe egyes radikális könyveket? Vagy az, ha egy állami iskola tanítja az evolúciót, de nem tanítja a kreacionizmust? Vagy az, ha egy állami tulajdonban lévő tévécsatorna támogatja az atomenergia felhasználását, de nem ad lehetőséget a környezetvédő csoportoknak ellenvéleményük kifejtésére?

E kérdések latolgatása során a Legfelső Bíróság megerősítette, hogy az Első Alkotmánykiegészítés az állami hatalom negatív és támogató alkalmazására egyaránt vonatkozik, ám fogas kérdésnek bizonyult a testület számára annak meghatározása, hogy pontosan *hogyan* vonatkozik rájuk. A legáltalánosabban úgy hangzik a kérdés, miszerint kell-e a Legfelső Bíróságnak kettős mércét alkalmaznia; azaz hogy a hatalom támogató használatát enyhébb szigorral ítélje-e meg annál, ahogyan az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos büntetőjogi esetek kapcsán ítélkezik. Ezt a kérdést járom körül e tanulmányban és elemzésem tárgya a Robert Mapplethorpe és a Nemzeti Művészeti Alap (NEA) körül kialakult alkotmányos és politikai vita. A vitát Jesse Helms, Észak-Karolina állam szenátora robbantotta ki, amikor tiltakozott az ellen, hogy Mapplethorpe kiállítását közpénzből támogatták. Bár az eset nem jutott a Legfelső Bíróság elé, a Mapplethorpe-botrány több mint egy évig országos ügy volt. A sajtó napi rendszerességgel cikkezett az esetről, amely egy bűnvádi eljárást, egy elnöki bizottság létrehozását és több törvényhozási szavazást is eredményezett, továbbá összetett kérdéseket fogalmazott meg azzal kapcsolatban, hogy a modern demokráciáknak miként kell alkalmazkodniuk az államhatalom gyakorlásában bekövetkezett változásokhoz.

I.

Robert Mapplethorpe sikeres New York-i fotóművész volt. Mapplethorpe meleg volt, és 1989 márciusában AIDS-ben halt meg, negyvenkét évesen. Röviddel halála előtt rendezett munkáiból életműkiállítást a Pennsylvaniai Egyetem Institute for Contemporary Art nevű múzeuma. Százhetvenöt fotográfiát állítottak ki, a kompozíciók témája vegyes volt. Egyes képek portrék voltak, például magáról Mapplethorpe-ról, vagy olyan híres barátokról, mint Andy Warhol; más képek virágokat (liliomokat vagy tulipánokat) ábrázoltak, amelyek mintha hideg és élettelen kőből volnának durván kifaragva. Két kép gyerekeket ábrázolt, akik szülei Mapplethorpe barátai voltak: az egyiken egy meztelen kisfiú látható, ahogy ül egy fotel támláján, a másik képen egy kislány, felhúzott szoknyával. Nem visel alsóneműt. Ismét csak másik fotósorozatokon férfitestek láthatók, van, hogy egy fej, egy torzó vagy egy testrész. Ezek szintén szoborszerű benyomást keltenek a képeken. E képek egyike, amely a „Férfi műszálas öltönyben" *(Man in Polyester Suit)* címet viseli, egy olcsó öltönyt viselő fekete férfit ábrázol úgy, hogy látszik a pénisze. A munka válltól lefelé és térdtől fölfelé mutatja a kép modelljét. A fotográfiák utolsó csoportja – talán mind közül a legprovokatívabb – homoszexuális kapcsolatokat és tevékenységeket ábrázolt. Az egyiken két férfi csókolózik („Larry és Bobby csókolóznak" *(Larry and Bobby Kissing)*, egy másikon két férfi – egy fekete és egy fehér – farmernadrágot viselnek, félmeztelenek és szenvedélyesen átölelik egymást. Ezenkívül az X, Y, Z sorozat *(X, Y, Z Series)* némelyike szexuális jeleneteket ábrázol, amelyek szadomazochisztikusnak tekinthetők.[1]

1989 elejétől kezdve egész 1990 végéig a kiállítást egy sor múzeum bemutatta az Egyesült Államokban. Egy helyszínen – Cincinnatiben, Ohio államban – vádat

---

1. Az „X, Y, Z sorozat" egy három portfólióból álló sorozatot jelöl. Mindegyik portfólió tizenhárom fotográfiából állt, ezek mindegyike 13 ½ négyzethüvelyk méretű. Az X portfólióban szerepeltek szadomazochisztikusnak tekinthető jelenetek, az Y portfólió virágábrázolásokat tartalmazott, és a Z portfólió fekete férfiakat ábrázolt. Amikor Hartfordban, a Wadsworth Athenaeumban láttam a kiállítást, mind a három portfólió tartalmát kiállították. Egyes helyeken az X portfólió anyagát vízszintesen, üvegtárlóban helyezték el, hogy azok a múzeumlátogatók ne lássák, akik csak átsétálnak a kiállításon, és csak a falakra pillantanak rá.

emeltek a múzeum és annak vezetője ellen azért, mert megszegtek egy helyi rendeletet, amely tiltja az obszcenitás terjesztését *(pandering of obscenity)*.[2] Az igazgató 2000 dollár pénzbüntetésre és egy évi elzárásra számíthatott, ha elítélik, a múzeumot pedig 10 000 dollár büntetés fenyegette. A vádemelés 1990 tavaszán történt, nem sokkal a kiállítás megnyitása után, és a nagy közérdeklődést kiváltó, több hétig tartó per végén az esküdtszék felmentette a vádlottakat. Mint minden esküdtszéki döntés esetében, ezúttal sem lehetett tudni, hogy végül min bukott el a vád – ellenszenves volt talán az ügyész? A bizonyítás hiányosságai miatt? A meggyőződésen, hogy a képeket védi az alkotmány? A Cincinnati hírneve fölötti aggodalom miatt? Ugyanakkor viszonylag nyilvánvaló, hogy a vád nem állt volna meg az Első Alkotmánykiegészítéssel szemben – ha az esküdtszék ellenkezőleg döntött volna, akkor eljárásra került volna a sor, és az ítéletet megsemmisítették volna.

Az obszcenitás kérdésében a Legfelső Bíróság az stratégiája az állami cenzúra oly módon történő korlátozása volt, hogy az obszcenitás alkotmányos meghatározása révén meghúzta az államhatalom külső határát: azok a kiadványok, amelyekre nem érvényes az obszcenitás szűkre szabott alkotmányos definíciója, védelemben részesülnek. E stratégiát az 1957-es *Roth v. United States*[3] esetben alkalmazták először, az 1960-as években az olyan esetekben bukkan fel, mint a *Fanny Hill*[4] című könyvhöz fűződő per, legutóbb pedig az 1973-as *Miller v. California*[5] esetben ítélkeztek ez alapján. Mint ahogy arra kitértem az előző fejezetben, a *Miller-döntés* értelmében az állítólagos obszcén kiadványok létrehozásának vagy terjesztésének tilalma megállhat, ha a tiltani kívánt anyag egészében (1) szex iránt érzéki érdeklődés kielégítésére szolgál,[6] (2) a szexuális tevékenységet

[2] A múzeum és az igazgató ellen kiskorúak meztelen ábrázolásának és obszcenitás terjesztésének vádjai alapján indult büntetőeljárás. A vád hét fotográfiára alapozta indítványát: kettő közülük a gyerekeket ábrázoló kép volt, további öt pedig az X, Y, Z sorozathoz tartozott. Az X, Y, Z sorozatból származó képek egyikén egy férfi egy másik szájába vizel, egy másik képen egy péniszbe dugott ujjhegy látható, további három kép pedig egy férfit ábrázol, aki különféle tárgyakat illeszt a végbelébe: egy korbács nyelét, egy hengert és egy kezet. A henger alakú tárgy vélhetően egy dildó, a kéz pedig ökölbe van szorítva. A kiállítás katalógusa, Janet Kardon – Robert Mapplethorpe: *The Perfect Moment* (1988) nem tartalmazza a kiállításon bemutatott összes művet, és, főképp egyetlen alkotást sem tartalmaz az X, Y, Z sorozatból, amelyre a cincinnati ügyész hivatkozott.

[3] 354 U.S. 476, 484–85 (1957).

[4] *A Book named „John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Massachusetts,* 383 U.S. 413 (1966).

[5] 413 U.S. 15 (1973).

[6] Kinek az érzékisége? Míg a Legfelső Bíróság a Millerben az „átlagemberről" beszélt, a „normális vagy perverz" szexuális aktust is belevette azon példák közé, amelyekkel az állami obszcenitástörvények hatókörét írta le, más alkalmakkal pedig úgy alakította a mércét, hogy tekintetbe vehesse azt a tényt, hogy az állítólagosan obszcén műveket egy úgynevezett „deviáns közönségnek" szánták. *Pinkus v. United States,* 436, U.S. 293, 301–03 (1978); *Ward v. Illinois,* 431 U.S. 767, 773 (1977); *Mishkin v. New York,* 383 U.S. 502, 508–10 (1966).

egyértelműen megbotránkoztató módon mutatja be, (3) és nélkülöz bármely komoly társadalmi, esztétikai vagy politikai értéket.

Minthogy a vádindítvány tárgyát képező alkotást egységes egésznek kell tekinteni,[7] kétséges, hogy a Mapplethorpe-kiállítással szemben megáll-e akár az érzéki érdeklődés felkeltésének, akár pedig az egyértelmű megbotránkoztatás vádja. E kérdések kapcsán talán lehet helye vitának, ám teljesen más a helyzet, ha a *Miller*-teszt harmadik „hegyét" vesszük szemügyre, amely a mű társadalmi értékét firtatja, és mint ilyen, az alkotmányos védelem hatályán kívülre rekeszti a közönségest és a hitványt, azaz az olyan műveket, amelyek nem kapcsolódnak semmilyen elképzelhető módon az Első Alkotmánykiegészítés értékeihez. Nyilvánvaló, hogy Mapplethorpe művei nem ilyenek.

Ha csak az esztétika felől közelítünk, már akkor is jelentős teljesítményt nyújtott a Mapplethorpe-kiállítás. Fotográfiái ridegek; a virágok és a testek élettelennek tűnnek – ahogy említettem, mintha csak szobrok lennének –, ám eredeti és sok szempontból megkapó esztétikai tapasztalatot nyújtanak. A tény, hogy az ország legnevesebb múzeumaiból jó néhány bemutatta a kiállítást, a művek esztétikai értékét tette a cincinnati per során a védelem kulcsfontosságú érvévé, és az országos művészeti szakmai nyilvánosság vezető szereplőinek tanúvallomása alátámasztotta ezt az esztétikai véleményt. Mindamellett fontos látni, hogy Mapplethorpe munkái politikai dimenzióval is rendelkeznek, ami a *Miller*-teszt általi védelemért kiált, még erőteljesebben, mint az esztétikai érték tette.[8] A kiállítás politikai jelentősége a tárlat revelatív erejéből származik: közszemlére tette a meleg közösség életét és tetteit, mely csoport sokáig marginalizált volt Amerikában, és amelynek tagjai közül sok áldozatot szed manapság az AIDS. A kiállítás választ adott a meleg közösség dühös tiltakozására: „Hallgatás = Halál."

A Mapplethorpe-fotográfiák tanúságtételei voltak a meleg közösség életének, határozottan támogatva az erotikáról vallott nézeteiket, megmutatták a közösség szexuális szokásainak teljességét, melyek olykor meghittek, olykor meglehetősen

[7] A cincinnati ügyész stratégiája, mely a két gyerekképet külön kezelte, megmagyarázható egy helyi rendelettel, amely kimondottan tiltja gyerekek meztelen képeinek közzétételét. Ám az a döntés, hogy a másik öt képet is külön kezelte, azon előírás ellenére, hogy a bemutatott munkát – ami jelen esetben a kiállítás, de legalább az X, Y, Z sorozat – mint egészet kell a vizsgálat tárgyává tenni, engem arra enged következtetni, hogy az ügyész a saját feladatát próbálta szabotálni. E feltételezést erősíti az ügyész bizonyítási rendszerének gyengesége. A vád mindössze négy tanút vonultatott fel. Három közülük rendőr volt, akik tanúsították, hogy a kiállítást valóban megredezték. A negyedik tanú egy úgynevezett kommunikációs szakértő volt, aki a *New York Times* szerint „korábban pornográfiaellenes csoportokkal dolgozott, és művészeti szakértelme főképp azon alapul, hogy a 'Captain Cangaroo' című tévéműsornak dalokat írt". Obscenity Jurors Were Pulled 2 Ways, *New York Times,* Oct. 10, 1990 at A12, col. 4.

[8] Mapplethorpe munkájának politikai vonatkozású elemzését lásd Ingrid Sischy: Photography: White and Black. *New Yorker,* Nov. 13, 1989, at 124. – Minor White és Mapplethorpe kiállításának kritikája; Amy Adler: *The Tragedy of Contemporary Art in America* (May 1990) (kézirat).

durvák. A meghitt találkozásokat – amilyen például a csók – az átlag múzeumlátogató talán még vonakodva elfogadja, míg az X, Y, Z sorozat szadomazochisztikusnak nevezhető jelenetei ugyanezt a múzeumlátogatót arra késztethetik, hogy szembesüljön saját toleranciájának korlátaival, és hogy kritikailag viszonyulhasson azokhoz.

A sorozat egyes képei – például amelyik Helms szenátor leírása szerint „meztelen férfi, hátsó feléből kiálló korbáccsal"[9] – megdöbbenést váltottak ki a hagyományos gondolkodású emberekből, egészen hasonlóan ahhoz, amit egy zászlóégetés váltana ki belőlük. Az olyan meleg politikai szervezetek, mint az „ACT UP" vagy a „Queer Nation" konfrontatív taktikájához hasonlóan e fotográfiák arra késztetik a nézőt, hogy ráébredjen a meleg közösség létére, illetve szükségleteikre. E felszólításnak különös fontosságot adott az AIDS-válság, amelyről sokan vélték, hogy a tény, hogy a betegséget nem szorítják vissza, összefüggésben áll azzal, hogy egy olyan csoportot érint, amelynek szenvedését a velük nem rokonszenvező közvélekedés figyelmen kívül hagyja, mert arra lényegtelenként, vagy ami még rosszabb, megérdemeltként tekint. A kiállítás egyik legmegrázóbb képe, talán az egész tárlat emblematikus darabja egy 1988-as Mapplethorpe-önarckép, amely egy évvel a halála előtt készült, és amelyen csupán arca és jobb keze kap megvilágítást, miközben a háttérben csak a feneketlen sötétség látszik. Arca megviseltnek tűnik, szemei távoliak és nyugodtak, jobb keze egy sétapálcát markol, melynek feje egy koponyát formáz, és hasonlóan Mapplethorpe-hoz, a nézőre mered.

Ily módon értelmezve a Mapplethorpe-kiállítás – a *Miller*-tesztet alkalmazva – jelentős politikai értékkel bírt. Igazából úgy vélem, hogy már csak ezen az alapon is védelmet kellett volna kapnia az obszcenitásra hivatkozó vádemeléssel szemben. De nehezebb megítélni a kiállítás által kiváltott másik állami reakció jogosságát – a szövetségi támogatások elvesztését. Történelmünk során a művészetet Amerikában döntően a piac és az egyéni jótékonykodás tartotta el, ám az 1970-es évektől a szövetségi kormány a Nemzeti Művészeti Alapon (NEA) keresztül egyre növekvő szerepet játszott a művészeti tevékenység támogatásában és fenntartásában. Az 1990-es pénzügyi évben az NEA számára elkülönített összeg körülbelül 140 millió dollár volt.[10] A Pennsylvaniai Egyetem Institute for Contemporary Art nevű múzeuma mintegy 30 000 dollárnyi támogatást kapott az NEA-től a Mapplethorpe-életműkiállítás megrendezésére. A kérdés itt az, hogy olyan körülmények közepette, melyek nyomán a kiállítás védett az obszcenitásra hivatkozó vádemeléssel szemben, a kormány alkotmányosan cselekszik-e, ha megtagadja e támogatás folyósítását.

1989 júniusában tört ki a vita a Mapplethorpe-kiállítás támogatásáról, amikor Helms szenátor megtudta, hogy a Corcoran Képzőművészeti Galéria (Gallery of

[9] Senate Passes Compromise on Art Endowment. *New York Times,* Oct. 25, 1990, at C19

[10] Act of Oct. 23, 1989, Pub. L. No. 101–121, tit. II. 103 Stat. 701, 738.

Art), a neves magánmúzeum Washingtonban készül a kiállítást bemutatni. Helms szenátor Mapplethorpe munkáját „szennynek" és „szemétnek" nyilvánította, és nyilvánosan tiltakozott az ellen, hogy szövetségi forrásokat fordítsanak a kiállítás támogatására.[11] A Corcoran kurátora, feltehetőleg azt megelőzendő, hogy a botrány révén az NEA állami finanszírozása, vagy pedig a Corcoran NEA-hez benyújtott jövőbeli pályázatai veszélybe kerüljenek, úgy döntött, hogy mégsem rendezik meg a kiállítást.

A Corcoran döntése a kiállítás elhalasztásáról felháborította a művészvilágot, és nem túl meglepő módon nem elégítette ki vagy hallgattatta el a döntés kongresszusi kritikusait. Az azon az őszön hozott támogatási rendeletben a Kongresszus az NEA számára elkülönített összegből levonta az Institute for Contemporary Art számára a Mapplethorpe-kiállítás megrendezésére megítélt összeget. A rendelet továbbá megszabta az NEA számára, hogy harminc napos várakozási időt alkalmazzon minden olyan esetben, amikor az Institute for Contemporary Art részére ismét támogatást kíván adni.[12] Nem kizárólag a Mapplethorpe-kiállítás ihlette e korlátozásokat. Helms és követői úgy számítottak, hogy e korlátozások általánosítása révén a jövőben meg lehet előzni azt, hogy a Mapplethorpe-éhoz hasonló művészeti alkotásokat támogassanak a Kongresszus által megszavazott alapokból.

Kemény dió volt azon művészeti alkotások definiálása, amelyek méltatlanok lennének az NEA támogatására, és jókora terhet rótt a jogászok képzeletére és a politikusok tárgyalási készségeire. Az eredmény az úgynevezett Helms-kiegészítésben öltött testet, amely így rendelkezett:

> Az alap (..) nem fordítható olyan művek támogatására, terjesztésére vagy előállítására, amelyek a Nemzeti Művészeti Alap ítélete alapján obszcénnak tekinthetők, beleértve – nem kizárólagos jelleggel – olyan műveket, amelyek szadomazochizmust, homoerotikát, gyermekek szexuális kizsákmányolását vagy egyének olyan szexuális cselekvéseit ábrázolják, amelyek egészében nem képviselnek komoly irodalmi, képzőművészeti, politikai vagy tudományos értéket.[13]

Bár a Helms-kiegészítés a *Miller*-teszt nyelvét kölcsönözte, az intézkedés annál vastagabb ceruzával fogott, és olyan művészeti alkotások finanszírozását tiltotta meg, amelyekre nem vonatkozott volna a *Miller*-teszt szűken szabott obszcenitásdefiníciója. Helms szenátor valójában olyan szabály létrehozására törekedett, amely

[11] 135 Cong. Rec. S8807–08 (daily ed. July 26, 1989) – Helms szenátor nyilatkozata.

[12] Act of Oct. 23, 1989, Pub. L. No. 101–121, tit. II. 103 Stat. 701, 738. Hasonló, esetre szabott szankciókat tartalmazott az az 1989-es rendelet is, mely a Southeastern Center for Contemporary Art in South California nevű múzeummal szemben lépett fel, amely egy másik művet támogatott – Andres Serrano fotográfiáját, amelyeken egy feszület vizeletben ázik –, ami által kiváltotta a Kongresszus tagjainak haragját.

[13] Lásd fenn, § 314(a), 103 Stat. at 741.

bármiféle „illetlen” művészet kormányzati forrásokból történő támogatását megtiltotta volna.[14]

A Helms-kiegészítés a Kongresszus által 1989 nyarán elkülönített támogatásokra vonatkozott, és így szükségképp érvényét vesztette, amikor az 1990-es költségvetési év véget ért. Ám a Mapplethorpe-kiállítás támogatása kapcsán kirobbant vita nem ült el, és újabb fejezetéhez érkezett 1990 nyarán, amikor a Kongresszus felülvizsgálta az NEA működését, és megítélte számára költségvetését. Az 1990 novemberében elfogadott szenátusi rendelet, éppen a cincinnati esküdtszék döntése után és éppen az esedékes kongresszusi választások előtt, egy új szabályzatot fogadott el az NEA számára, amely még ma is érvényes. Az új rendelkezés kerülte ugyan az eredeti Helms-kiegészítés nyelvezetét, ám nem kevésbé jelent éppoly komoly, de talán kevésbé látható veszélyt a művészi szabadságra.

Egy bizonyos szinten az 1990-es rendelet tompítani látszik a Helms-kiegészítés cenzurális élét. A rendelet még mindig kimondja, hogy „obszcenitás (...) nem finanszírozható”,[15] de az obszcenitás meghatározását a dokumentum a bíróságokra bízza, és a rendelet által alkalmazott mérce a háromelemű *Miller*-tesztet adaptálja. Mindamellett a rendelet tartalmaz szankciókat obszcenitás esetére: amennyiben az NEA által megítélt támogatás révén létrejött munkáról megállapítja a bíróság, hogy az obszcén, a támogatást vissza kell fizetni, és a művész vagy a kedvezményezett addig nem jogosult további támogatásokra, amíg a teljes összeget vissza nem térítette.[16] Ez az eljárás némi aggodalomra ad okot, mivel a szankciók súlyosítása fokozhatja a tagállami obszcenitási törvények elrettentő hatását, így esetleg elriasztva művészeket olyan alkotások létrehozásától, amelyek amúgy az alkotmány védelme alá esnének.

Még ennél is ijesztőbb az 1990-es szenátusi rendelet azon intézkedése, amely az NEA vezetőjének szerepét szabályozza a pályázati támogatások odaítélésében. A múltban a támogatásért beadott pályázatokat szakértői kuratóriumok bírálták el, általában a pályázó szakmájából kikerülő múzeumi szakemberek vagy művészek vettek részt e munkában. E szakmai ajánlások valóban „ajánlások” voltak, de a

[14] Helms szenátor eredetileg az alábbi kiegészítést javasolta:

A jelen törvény által megítélt támogatás nem fordítható olyan művek támogatására, terjesztésére vagy előállítására, amelyek

(1) obszcénak vagy illetlenek, így különösen olyan művek, amelyek szadomazochizmust, homoeroticizmust, gyerekek kizsákmányolását vagy egyének szexuális cselekvéseit ábrázolják, vagy

(2) amelyek bármely vallás vagy világnézet híveinek hitét vagy jelképeit gyalázzák; vagy

(3) bármely rasszhoz, felekezehez, nemhez, életkorhoz vagy nemzetiséghez tartozó, vagy testi fogyatékkal élő személyt, csoportot vagy állampolgárok egy csoportját gyaláznak vagy lealacsonyító módon ábrázolnak.

[15] Arts, Humanities and Museum Amendments of 1990. Pub. L. No. 101–512, § 103(b), 104 Stat. at 1915, 1963 (1990).

[16] Lásd fenn § 103(h), 104 Stat. at 1965–66.

gyakorlatban mégis az azokban leírtak számítottak – a kedvező bírálat általában a támogatás megítélését eredményezte.[17] Az 1990-es felülvizsgálat ezen eljárás megszüntetését javasolta, bár nem fogalmazta meg, hogy e bírálati eljárás pontosan milyen rendszernek kellene hogy átadja a helyét.

A rendelet maga nem tesz annál többet, mint hogy az NEA vezetőjét utasítja a támogatások feletti végső döntés meghozatalára.[18] Mindamellett id. Bush elnök kinevezett egy bizottságot a Helms-kiegészítést övező vita időszakában, és az általuk kiadott – 1990 szeptemberében, a kongresszusi vita kellős közepén közzétett – beszámolót úgy kell tekinteni, mint az 1990-es rendelet vitájának részét.[19] A beszámoló adottnak veszi, hogy az NEA vezetője továbbra is figyelembe veszi a szakmai kuratóriumok ajánlásait, ám annak érdekében, hogy a támogatások megítélésének felelőssége sokkal jobban az NEA vezetőjének kezében összpontosuljon, a beszámoló azt javasolja a kuratóriumoknak, hogy jóval több támogatásra érdemes jelöltet terjesszenek föl díjazásra.

Milyen szempontokat vesznek majd figyelembe a döntésének meghozatalakor? Ebben a kérdésben az 1990-es rendelet egyértelműen fogalmaz. Arra utasítja az NEA vezetőjét, hogy biztosítsa, hogy „a döntés a pályázatokban megjelenő művészi kiválóság és érdem alapján születik, amely emellett tekintettel van az általános illem *(decency)* szabályai és az amerikai közvélemény sokszínű hitének és értékrendszerének tisztelete által szabott kívánalmakra is (...).”[20] Amikor az 1990-es rendelet az NEA vezetőjét „az általános illem szabályainak” figyelembevételére utasítja, akkor egyben a Helms-kiegészítést az NEA működési szabályát irányító elvvé avatja. Az NEA vezetőjét így már nem köti a *Miller*-teszt, és megtagadhatja a Mapplethorpe-éhoz hasonló vállalkozások finanszírozását, még akkor is, ha egyébként azokra nem vonatkoznának az obszcenitás alkotmányos definíciói, és így nem lehetne ellenük büntetőeljárást indítani. Az NEA vezetője érvelhet úgy,

[17] Lásd Independent Commission, Report to Congress on the National Endowment for the Arts 26 (Sept. 1990).

[18] Arts, Humanities and Museum Amendments of 1990. Pub. L. No. 101–512, § 106(c), 104 Stat. at 1915, 1968. Az 1990-es rendelet folytatja a pályázatok értékelésének korábbi gyakorlatát, amelynek során szakmai kuratóriumok fogalmaznak meg minden művészeti területen ajánlást arra nézve, hogy az Országos Művészeti Tanács (*National Council of Arts,* az NEA-n belül elnöki kinevezéssel létrehozott tanácsadó testület) kiket támogasson, és a Tanács tesz ajánlásokat az NEA vezetőjének a támogatandó művészek vonatkozásában. Az 1990-es rendelet egyértelmű felhatalmazást ad az NEA vezetőjének, hogy megvétózhassa ezen ajánlásokat, ám a Tanács által nem támogatott pályázatok számára nem ítélhetett meg támogatást.

[19] Lásd: Independent Commission (17. lj.). A Független Bizottságot *(Independent Commission)* a Kongresszus hozta létre, tagjait George H. Bush elnök nevezte ki. Act of Oct. 23, 1989 Pub. L. No. 101–121, § 304(c), 103 Stat. 701, 742.

[20] Arts, Humanities and Museum Amendments of 1990. Pub. L. No. 101–512, § 103(b), 104 Stat. at 1915, 1963.

hogy az illető pályázat megsérti „az általános illem szabályait", és teheti ezt még akkor is, ha a mű a Legfelső Bíróság mércéje szerint megállapítható komoly esztétikai vagy politikai értékkel bír. És ha így érvel, akkor Helms szenátor elérte célját.[21]

[21] A Helms-kiegészítés életbe lépését követően John Frohnmayer, az NEA vezetője bevezetett egy olyan szabályt, amely minden nyertes pályázótól megkívánta, hogy azok aláírjanak egy fogadalmat, amelyben kijelentik, hogy tartják magukat a Helms-kiegészítésben foglaltakhoz. Lásd Grants Rule Testimony by Arts Chief. *New York Times,* May 2, 1990, at C13, col. 1. E fogadalom még a Helms-kiegészítésnél is nagyobb felzúdulást váltott ki, és a Nemzeti Művészeti Tanács javasolta, hogy az NEA törölje el a fogadalom aláírásának követelményét. Frohnmayer ezt megtagadta. Sőt, amikor az NEA általános működési támogatást nyújtott egyes művészcsoportoknak vagy galériáknak, és felmerült a gyanú, hogy az általuk létrehozott művek összeütközésbe kerülhetnek a Helms-kiegészítés normáival, az NEA követelte, hogy a támogatottak nyújtsák be minden egyes kiállító művész nevét, illetve minden egyes mű leírását. Ezen intézkedések mintegy megelőlegezték Frohnmayer 1989 novemberében tett lépését, amikor is, kevesebb, mint egy hónappal azután, hogy elfoglalta hivatalát, visszahívta egy AIDS-szel kapcsolatos, „Tanúk: Hogy ne tűnjünk el" *(Witnesses: Against Our Vanishing)* című kiállítás támogatását azon az alapon, hogy a kiállítás túl „politikus" volt. Döntésének indoklásaként utalt a kiállítás katalógusában az egyik részt vevő művész által írt esszére, amely kemény szavakkal kritizálta többek között John O'Connor New York-i bíborost és Helms szenátort a homoszexualitással és az AIDS-szel kapcsolatos álláspontjuk miatt. Frohnmayer így érvelt: „Szilárdan hiszek az emberek Első Alkotmánykiegészítés által védett lehetőségében, hogy elmondhassák véleményüket, de az Alap nem az ilyen szólás támogatásáért van." Front Page: NEA Chairman Does Turnabout on AIDS Exhibition, *Art in America,* Jan. 1990, at 31. Két héten belül Frohnmayer megváltoztatta döntését, de kikötötte, hogy a támogatás nem fordítható a katalógus kiadására. Arts Endowment Withdraws Grant for AIDS Show, *New York Times,* Nov. 9, 1989, at A1. col. 1; National Arts Chief, in a Reversal, Gives Grant to AIDS Show, *New York Times,* Nov. 17, 1989, at A1. col. 1; Frohnmayer's Folly, *Art Examiner,* Feb. 1990, at 20. Az NEA irányításáról a Helms-kiegészítés időszakában és az 1990-es rendelet valószínűsíthető következményeiről lásd általában Brian WALLIS: Bush's Compromise: A New Form of Censorship? *Art in America,* Nov. 1990, at 57. A fogadalomtétel követelménye számos pert eredményezett, melyek kezdeményezői olyan szervezetek voltak, akiknek az 1990-es pénzügyi évben visszatartották a támogatásukat, mert megtagadták a fogadalom aláírását. Az egyik ilyen per azzal ért véget, hogy 1991 januárjában a szövetségi kerületi bíróság Los Angelesben a fogadalom tartalmát alkotmányellenesen homályosnak találta. *Bella Lewitsky Dance Found. v. Frohnmayer,* 1991 U.S. Dist. Lexis 332, No. 90-3616 (D.C. Cal. Jan. 9, 1990). Egy másik per, amelyet a New York-i New School for Social Research indított, azzal ért véget egy hónappal később, hogy az NEA visszavonta a fogadalom kívánalmát az 1990-es pénzügyi évben támogatottak tekintetében. Arts Agency Voids Pledge on Obscenity, *New York Times,* Feb. 21, 1991, at C4. col. 6. Mindamellett az 1990-es rendelet egy rendelkezése értelmezhető hasonló követelményként, amikor megköveteli az NEA által támogatottaktól, hogy „szavatolják, hogy a támogatott vállalkozás megfelel a Rendelet által megkívánt művészi kiválóság és művészi érdem mércéinek". Arts, Humanities, and Museum Amendments of 1990, Pub. L. No. 101–512, § 103(g), 104 Stat. 1915, 1964–65 (1990). A rendelet megszabja továbbá, hogy a támogatást az NEA részletekben utalja át, és az utolsó egyharmadot akkor, ha „az NEA vezetője megbizonyosodott arról, hogy a támogatás kedvezményezettje alapvetően betartotta (...) azokat a szabályokat, amelyek betartása feltétele volt a támogatás megítélésének." Lásd fenn.

II.

A legtöbb vélemény, és talán a Legfelső Bíróság többsége szerint sem jelent semmiféle, az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos problémát az 1990-es rendelet ezen illem-mércéje, ám én ezt nem így gondolom. Azzal kezdeném, hogy az állami támogatás nem ajándék, vagy olyan cselekményért járó jutalom, amely a juttatás hiányában is megtörtént volna. A támogatások nemhogy nem fölöslegesek, de teremtő erejük van: az NEA olyan művészeti alkotásokat, előadásokat vagy kiállításokat támogat, amelyek egyébként nem jönnének létre. Ezt többféle módon teszi; például jövedelmet biztosít a művészek részére, hozzájárul a kiállítás költségeihez, vagy ösztönző pályázatokat ír ki a művészek vagy a művészet terjesztői számára. Az Institute for Contemporary Art részére a Mapplethorpe-kiállításhoz nyújtott támogatás például bátorította vagy lehetővé tette a Mapplethorpe-kiállítás létrehozását. A támogatás megtagadása azt eredményezhette volna, hogy a tárlatot elvonta volna a közönség elől, vagy korlátozta volna az ahhoz való hozzáférést. Egy pályázat elutasítása a pályázó művész számára nem jár olyan durva következményekkel, mint a legrosszabb időkben, amikor az obszcenitás vádja nyomán elítélt művész a börtönben búslakodhatott. A közvélemény szempontjából a hatás ugyanakkor hasonló: elzár bennünket a művészettől.

Természetesen kormányzati támogatás híján is létrejöhetnek művészi törekvések, és bemutathatóak a publikumnak. Alternatív források is fellelhetők, mint ahogy lehet, hogy ez történt volna a Mapplethorpe-kiállítás esetében is az Institute for Contemporary Art eredeti pályázatának sikertelensége esetén. Ebben az értelemben egy pályázati források, akár szövetségi támogatások megtagadása révén megvalósuló tiltás nem abszolút és nem univerzális. Harry Kalven kifejezését kölcsönvéve ez egy „részrehajló szankció".[22] Azt hiszem, hogy bízvást elmondható ez a bűnvádi eljárásról is. Egy művész vagy egy múzeumigazgató dönthet úgy, hogy

[22] Harry KALVEN, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 301–3. Kalven megkülönbözteti a büntetőjogi megtorlást (amit közvetlen vagy totális megtorlásnak nevez) a részrehajló megtorlástól, mely megkülönböztetés alapja a motivációban keresendő: „Egyértelmű, hogy mi az állam célja a büntetőjogi megtorlással. Célja az elítélendő művek megjelentetésének megelőzése; semmi más célja nincs, mint hogy lebeszélje a beszélőt arról, hogy azt

elszenvedi a büntetőjog szabta következményeket (például büntetést fizet, vagy bizonyos ideig börtönben ül), mintsem, hogy a hallgatást válassza. Vagy pedig, ahogy az a Mapplethorpe-esetben nyilvánvalóvá vált, a büntető szankciónak földrajzi korlátai lehetnek, mivel a büntetőtörvény érvényesítése jórészt a tagállamok és a kisebb közigazgatási egységek feladata, amelyek hatásköre korlátozott. A Mapplethorpe-kiállítás Cincinnatiben obszcenitás vádjával történő vádemelést eredményezett, de sem Philadelphiában vagy Hartfordban, ahol korábban volt látható, sem Bostonban, a kiállításkörút következő állomásán nem vezetett ilyen eredményre.

Ily módon helytálló következtetésnek tűnik, hogy egy támogatás megtagadásának a közvéleményre gyakorolt hatása nagyjából megegyezik a művész ellen indított vádemelés hatásával, mivel mindkettő hallgatást parancsol a művésznek, vagy – a kiállítások esetében – elérhetetlenné teszi a művész munkáját az átlagos múzeumlátogató közönség számára. Bonyolódik azonban a helyzet, ha az alkotmányosságnak okozott kárt akarjuk felmérni. A büntetőjogi kontextusban a kár pusztán mennyiségileg is meghatározható a közvéleményhez potenciálisan eljutó megnyilvánulások átlagos mennyiségének tükrében. Valóban, az obszcenitásra hivatkozó vádemelésre adott válaszunkat főként az az ismert nézet motiválta, hogy minél több a szólás, annál jobb; az obszcenitás háromelemű definíciójának szerepe az, hogy az elnémító hatást az abszolút minimumra korlátozza. A támogatások esetén ugyanakkor egy további elem is fontos a kár azonosításához, mert a szűkösség a döntési folyamatot elosztási folyamattá alakítja.

Mindig több pályázó lesz, mint ahánynak a kormányzati forrásokból juthat, és így versengeni fognak a támogatásokért. Az egyiknek juttatott támogatás egy másik pályázótól való megtagadás is egyben. A Mapplethorpe-kiállításnak nyújtott pályázati összeg növelte annak a lehetőségét, hogy a művek eljussanak a közönséghez, viszont ugyanezen összegtől más művészek elestek, így csökkentve annak lehetőségét, hogy munkáik eljussanak a publikumhoz, és így ők bizonyos értelemben el lettek hallgattatva. Ellenkező esetben, ha nem kapott volna a kiállítás támogatást, Mapplethorpe munkája csak korlátozottabban találhatott volna utat a közönséghez, és feltételezhetjük, hogy az így felszabadult források nem parlagon hevertek volna, hanem azokat megkapta volna egy másik művész, akinek a munkája így több emberhez jutott volna el. Eszerint az az elhallgattatás, melyet a támogatástól való megfosztás okoz, másfajta természetű, mint a vádemeléssel okozott hallgatás. A különbség abból származik, hogy az elhallgattatás természetes velejárója minden döntésnek, ahol szétosztásról határoznak.[23]

mondja, amit mond. Ezzel ellentétben létezik egy másik típusú helyzet is, amikor a tét csupán valamiféle előnyben részesítés, és az állam célja – és motivációja – ekkor messze nem egyértelmű."

Lásd fenn, 301. Úgy tűnik azonban, hogy ez a megkülönböztetés az állam céljainak téves jellemzésén, vagy talán azok tökéletlen leírásán alapul. Az állami vádemelés büntetőjogi kontextusban fenyegethet a szólás elnémításával, mint azt Kalven hangoztatja, ám célja, motivációja jóval összetettebb, és valójában nem különböző, vagy nem kevésbé kétértelmű, mint a támogatás kontextusában. Például kijelenthető, hogy az obszcenitás-vádemelés célja vagy motivációja nem a beszéd elnémítása; hanem cél lehet a szexualitás vagy a morál normáinak megőrzése vagy védelme, vagy a szexuális erőszak vagy más szexuális támadások megelőzése, ami viszont megkívánhatja a szólás korlátozását.

Ezen a ponton nagy a csábítás, hogy felhagyjunk a hatás elemzésével és a büntetőjogi kontextussal szemben inkább tisztán procedurális fogalmak szerint definiáljuk az alkotmányos kárt. Míg a büntetőjogi kontextusban a kár az elnémító hatásból származik, amelyet az obszcenitás alkotmányos definíciója igyekszik a minimumon tartani, a szétosztás kontextusában nem a némító hatás a baj, hanem az az ok vagy kritérium, amely alapján a szóban forgó szétosztás történt. Ezen nézet szerint az Első Alkotmánykiegészítés egy szabállyá zsugorodna, amely kimondja, hogy a választás a támogatásért jelentkezők között nem történhet tiltott kritérium alapján.

E nézetet támogatandó, azzal az alkotmányos doktrínával vonhatunk párhuzamot, mely a nők és a bőrszín alapján megkülönböztetett kisebbségek számára szűkösen hozzáférhető javak – mint mondjuk a munkahely – szétosztására vonatkozik. E kontextusban a Legfelső Bíróság felhagyott a kései 1960-as és korai 1970-es években kezdett gyakorlatával, és az 1976-os *Washington v. Davis*-esetet követően azt az álláspontot foglalta el, hogy az alkotmányos kár nem a hatásban (az alkalmazás megtagadása), hanem a tiltott kritérium (rassz vagy nemi hovatartozás) használata révén áll elő.[24] Nehezen felfogható számomra a Legfelső Bíróság

[23] A pornográfia ellen indított feminista támadás a közelmúltban – amit a 4. fejezetben elemzek – a nőket szexuális tárgyként ábrázoló kiadványok szabad terjesztését részben felelősnek tartja a nők elhallgattatásáért. Lásd általában Catharine MacKinnon: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Harvard University Press, 1987. 127–213. Maga a szólás, és nem az állam cselekvése felelős az elhallgattató hatásért, azon elmélet alapján azonban, mely az állam nem-cselekvését is cselekvésként értelmezi, a felelősség visszavezethető az államra azon döntése által, hogy a kérdéses esetekben nem emel vádat. Bár sok szempontból rokonszenvesnek találom ezt az állítást, ettől még az képtelen a szétosztó és a büntetőjogi kontextusok elkülönítésére. A feministák által hangsúlyozott elhallgattató hatáshoz hasonló dolog érhető tetten, amikor egy támogatást megítélnek, így egy támogatás bizonyos művészekre kétféle módon is elhallgattató hatással lehet – az egyrészt azáltal, hogy egyes művészek nem kapják meg a támogatást, másrészt pedig a támogatást élvező műalkotások ingyenes terjesztése révén.

[24] Összehasonlításként vesd össze például *Gaston County v. United States*, 395 U.S. 285 (1969); *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1 (1971) és *Keyes v. School Dist. No. 1.*, 413 U.S. 189 (1973) ezzel: *Washigton v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976); *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Hous. Dev. Corp.*, 429 U.S. 252 (1977); *Personnel Adm'r v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979) és *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989). A Legfelsőbb Bíróság ezt a procedurális megközelítést olykor a „motivációra" vagy „szándékra" alkalmazza, kevésbé a „kritériumra" vagy „alapra". Erről az elmozdulásról az iskolák kontextusában lásd az állásfoglalásomat: Second Circuit's Annual Conference, 74 *Federal Rules Decisions* 219, 276 (1976); és a cikkemet: School Desegregation: The Uncertain Path of the Law. 4 *Philosophy and Public Affairs* 3 (1974).

ezen irányváltása az egyenlő védelem vagy a hátrányos megkülönböztetés eseteiben, és még ennél is problémásabbnak tartom, amikor azt a szabad szólással összefüggésben alkalmazzák.

Míg a hátrányos megkülönböztetés kontextusában még lehetséges számba venni a tiltott kritériumok (bőrszín, vallás, nemzetiség, nem stb.) véges és jól ismert listáját, a szabad szólás kontextusában nem nagyon adódik efféle kézenfekvő lista. Milyen kritériumokat tilt meg az Első Alkotmánykiegészítés? Egy esetben, mely egy könyvtárral volt kapcsolatos, Brennan legfelső bírósági bíró hasonló dilemmával szembesült, és hogy tiszteletben tartsa a tartalmi semlegesség általános normáját, a tiltott kritérium két felfogását alkalmazta: egyet nem értés egy gondolattal; és a vágy az illető gondolat elfojtására. Úgy érvelt, hogy a könyvtár döntése egy könyv gyűjteményből való eltávolításáról nem hivatkozhat arra, hogy nem ért egyet a könyvben foglalt gondolatokkal és hogy vágya, hogy elfojtsa a szóban forgó gondolatokat.[25] Mint minden elosztási kérdés ügyében, a könyvtárbeszerzések és a gyűjteményből való eltávolítás eseteiben is világossá kell tenni, hogy mely osztályozási elv alapján tesznek bizonyos műveket hozzáférhetővé az olvasóknak, és melyek alapján nem tesznek hozzáférhetővé. Nem teljesen világos, hogy az Első Alkotmánykiegészítés miért tiltaná, hogy e döntés a nézetek elfogadásának vagy elutasításának szempontján alapuljon, vagy egyéb, a könyvek tartalmára adott reakción. Az elosztás kontextusában a tartalommal kapcsolatos semlegességnek nincs sok értelme, minthogy mindig választani kell a versengő gondolatok közül, és az erre a feladatra szerződtetett tisztségviselőnek a tartalmakat kell szemügyre

[25] *Board of Educ. v. Pico,* 457 U.S. 853 (1982). Ebben az esetben Brennan bíró, a bíróság többségének véleményét tolmácsolva ezt írta: „Ha a keresetet benyújtóknak az eltávolítást elrendelő döntéssek *az volt a szándékuk,* hogy megakadályozzák az alperesek hozzáférését olyan gondolatokhoz, amelyekkel a felperesek nem értettek egyet, és ha ez a szándék volt a döntő tényező a döntésükben, akkor a felperesek a rájuk bízott feladatot alkotmánysértő módon végezték." Lásd fenn, 871. (lábjegyzetek elhagyva). Érvelését egy megengedett kritérium azonosításával folytatta: „Másrészt viszont az alperesek hallgatólagosan elismerik, hogy *nem* lenne tetten érhető az alkotmányellenes motiváció, ha kimutatható lenne, hogy a felperesek azért döntöttek a könyvek eltávolítása mellett, mert azokat teljesen áthatotta a vulgaritás." Lásd fenn. Általában véve Brennan bírónak az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos felfogása, amely ebben az esetben is megmutatkozik, azon a meggyőződésen alapul, hogy meg kell védeni a nyilvánosság hozzáférését a vitatott gondolatokhoz, és hogy el kell kerülni a szemellenzős szemléletet. Az, hogy a *Pico*-ügyben a döntéshez használt kritériumon volt a hangsúly, nem összeegyeztethető e megközelítéssel, mint arra Rehnquist bíró is utalt különvéleményében. Lásd fenn, 915–18. Rehnquist bíró szabad kezet adna az államnak a támogtaások odaítélésében, azt az esetet kivéve, amikor kimutatható, hogy hogy a döntés „elsődleges célja 'veszélyes gondolatok elfojtása' volt." *FCC v. League of Women Voters,* 468 U.S. 364,407 (1984) – Rehnquist bíró, különvélemény. Idézi többek között *American Communications Ass'n v. Douds,* 339 U.S. 382, 402 (1950). Egy későbbi esetben, *Rust v. Sullivan,* 500 U.S. 173 (1991) Rehnquist bíró többséget szerzett véleményének, amely hatályban tartotta azt az intézkedést, amely megtiltotta a szövetségi alapok igénybevételét az abortusszal kapcsolatos segítséget, ügyintézést és tanácsadást nyújtó családsegítő szolgálatoknak.

vennie. Nyilvánvaló, hogy könyvek beszerzésének vagy a művészeti díjakat kiosztásának a tartalom alapján kellene történnie.

Sőt mi több, még ha a tiltott kritériumot valamely sajátosság alapján azonosíthatnánk is, akkor is rendkívül körülményes lenne az elosztási kritériumokra nézve Első Alkotmánykiegészítés-szempontú megközelítést alkalmazni. Ez különösen igaz az 1990-es NEA-rendelet által elosztott támogatásokra. E megközelítés maga után vonja a döntés okainak vagy alapjának vizsgálatát, és ahogy azt már tudhatjuk a hátrányos megkülönböztetés kontextusából, egy elosztási döntés esetében nem mindig lehetséges minden kétséget kizáróan megállapítani, hogy az milyen konkrét meggondoláson alapszik. Képzeljük csak el, hogy egy szakmai kuratórium az NEA vezetőjének benyújtott ajánlásában egy tucat művészt terjeszt fel, akik közül azonban csak egy támogatására van lehetőség. A vezető meghozza döntését, aztán a pályamű „művészi kiválósága" alapján indokolja azt. Hogyan lehet a bíróság biztos abban, hogy a vezető döntésében valóban ez volt a döntő elem, és nem valamely más (még nem azonosított), tiltott kritérium alapján döntött, vagy – hogy Brennan bírónak a könyvtáras esetben használt kifejezésével éljünk – nem valamely „alkotmányellenes motiváció" ösztökélte a vezetőt döntése során? Nyilvánvaló, hogy a jogrendszer képes megküzdeni az ilyen kérdésekkel azáltal, hogy vélelmeket fogalmaz meg, vagy különféle szabályokat alkot a bizonyítás terhével kapcsolatban, ám ezen eljárásokban változatlanul tükröződik valamelyest a hatások vagy befolyásoló tényezők ismerete. Hasonlóan, a jogrendszernek vissza kell nyúlnia a hatás fogalmaihoz, ahogy azt tette a hátrányos megkülönböztetés kontextusában a *Washington v. Davis* esetben, hogy megbirkózzon a többtagú döntéshozó szervezetek kérdésével (egy döntéshozó tiltott kritérium alapján dönt, míg a többiek nem tiltott alapján) vagy pedig a vegyes motiváció kérdésével (amikor az elosztásról határozó döntés csak részben alapult tiltott kritériumon).

Egy adott szemléletmód elméleti alapjait szintén nem könnyű a döntési kritériumok alapján megérteni. A hátrányos megkülönböztetés kontextusában a kritérium megközelítésmódja az egyéni méltányosság szempontjain nyugszik – önkényes dolog bárkit megítélni egy olyan kritérium alapján (mint például a bőrszín vagy a nem), amelynek nincs azonosítható szerepe a produktivitásban, és amely fölött az illetőnek nincs hatalma. Megítélésem szerint az egyenlőség alkotmányos ideálját elhibázott gondolat az egyéni méltánytalansággal kapcsolatos megfontolásokra alapozni,[26] és legyen bármilyen használható e redukció a hátrányos megkülönböztetés kontextusában, a szólás kontextusában használhatatlan. Az Első Alkotmánykiegészítés szavatolja a kollektív önrendelkezést, amely módszer révén biztosra vehető, hogy az emberek tudni fogják mindazt, amit tudniuk kell ahhoz, hogy szuverén előjogukat gyakorolják, és emiatt a közbeszédre kell összpontosíta-

[26] Lásd Owen M. Fiss: Groups and the Equal Protection Clause. 5 *Philosophy and Public Affairs* 107 (1976).

ni, nem pedig azokra a folyamatokra, amelyek révén az létrejött.[27] Az alkotmányosságnak okozott kár a gondolatok és eszmék elzárása a közvéleménytől, nem pedig a méltánytalan bánásmód a beszélővel szemben, és ennek következtében kevés elméleti értelme van azon töprengeni, hogy mi lenne a nyilvánosságtól a gondolatokat elzáró cselekvés alapjául szolgáló alap vagy kritérium. Ahogy Rehnquist bíró mondta a könyvtári esetben, csak hogy bevigyen egy jól irányzott ütést a vitában: „Ha Brennan bíró valóban alkotmányos jognak ismeri el az információhoz való jogot, kérdéses, hogy miért számít bármit is a megtagadás oka."[28]

A hátrányos megkülönböztetés kontextusában egyesek azon az alapon védték a kritériumalapú megközelítést, hogy az fenntartja az állami semlegességet: ha a döntés valamely érdemhez kötődő, meritokratikus alapon születik, ahogy például a standardizált tesztek esetén történik, az állam semleges maradhat bőrszín kérdésében, még akkor is, ha neki kell választani a munkára jelentkezők közül. Hasonló megfontolás az alapja a kritériumon alapuló eljárás alkalmazásának a vallással összefüggésben is, annak érdekében, hogy fennmaradjon az állam és az egyház szétválasztása. A szólás területén is lehet szerepe, amikor is azt várjuk az államtól, hogy maradjon semleges a versengő véleményekkel szemben, és amikor feltételezhető, hogy a semlegesség csak úgy érhető el, ha a szétosztás alapjául olyan meritokratikus kritériumok szolgálnak, mint a „művészi kiválóság".

E feltevésnek azonban nincs semmi alapja. A szólás kontextusában a semlegesség ideálja nem csupán azt kívánja az államtól, hogy tartózkodjon a vélemények közötti választástól, hanem azt is, hogy ne formálja a közbeszédet egyik vagy másik vélemény előnyben részesítése által. Az államnak a „felvilágosult parlamenter" (*high-minded parlimanetarian*) szerepében kell cselekednie, meggyőződve arról, hogy minden vélemény és szempont teljesen és méltányosan megjelent. Az elosztás kontextusában az állam döntése szükségképp befolyásolni fogja, hogy mely vélemények jutnak el a nyilvánossághoz, és az állam semlegességi kötelme megkívánja, hogy biztosítsa a közéleti vita lehető legnagyobb gazdagságát és sokszínűségét. A meritokratikus kritérium használata nem ment fel e kötelezettség alól, minthogy érdektelen a döntésnek a közbeszédre gyakorolt hatásával kapcsolatban.

Láthattuk a hátrányos megkülönböztetéssel összefüggésben, hogy egy látszólag semleges kritérium nem eredményez semleges kimenetelt. Egy meritokratikus kritérium, mint a standardizált teszt, még mindig eredményezhet hátrányos megkülönböztetést, mivel a kisebbségeket hátrányos helyzetbe hozhatja. Hasonlóképp, a szólás kontextusában az olyan meritokratikus kritérium, mint a „művészi kiválóság" használata – azt meghatározván, hogy ki jut szóhoz – elhallgattathat véleményeket vagy rombolhatja a közbeszédet. Természetesen, hogy ez mikor következik be, függ a meghatározott tartalomtól, tekintettel a „művészi kiválóság" (meglehetősen tág) fogalmára, továbbá a közbeszéd körülményeire és szükségleteire.

[27] Az 1. és a 2. fejezet az Első Alkotmánykiegészítés különféle elméleteit tárgyalja, és az Első Alkotmánykiegészítést inkább a kollektív önrendelkezés eszközének tartja, mint az egyéni önkifejezés eszközének. Az olyan témák számbavételéhez, amelyek e fejezetek megírása közben, illetve megírásuk óta történtek, lásd Paul STERN bámulatos írását: A Pluralistic Reading of the First Amendment and Its Relation to Public Discourse. 99 *Yale Law Journal* 925 (1990).

[28] *Pico,* 457 U.S. at 917 – Rehnquist bíró, különvélemény.

Ezen okok miatt a bíráskodásnak nem szabad magáévá tennie a kritériumokon alapuló szemléletet, amikor elosztásról vagy az állami hatalom más, támogatást nyújtó gyakorlásáról rendelkezik. Ezzel szemben a hatásokra kell összpontosítania, különösen arra a hatásra, amelyet az állami hatalom gyakorol a közéleti vitákra. Egy olyan esetben, mint a Mapplethorpe-ügy, a támogatás megtagadása szegényítené a közbeszédet, mivel újratermelődne a vaskalaposság egy olyan fontos jelenkori kérdés ügyében, mint a meleg közösség státusa, és ezen elutasítás alapja, legyen az esztétikai, ízlésbéli vagy ideológiai, nem rendelkezik alkotmányos jelentőséggel. Az obszcenitás-vádemelésből származó alkotmányos kár az államhatalom efféle gyakorlásának a közbeszédre gyakorolt következményéből fakad; és bár a szűkösségi faktor miatt a támogatást mint helyzetet jellemzi egy analitikus sajátosság, ettől még az állam cselekvésének hatására kell összpontosítani. A két helyzet közti különbség nem a hatás feletti aggodalmak felfüggesztését kívánja, hanem a hatás jóval finomabb megközelítését és az elosztási kontextus egy kvalitatívabb szemléletét: a bíróságnak meg kell határoznia, hogy a megkérdőjelezett elosztási döntés milyen hatással lett volna a közéleti vitákra. Egy ma már talizmánszerű formulát használva, a bíróságnak meg kell tudnia határozni, hogy az elosztási döntés révén a közéleti kérdések megvitatása „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott"[29] lesz-e, vagy az éppen ellenkező hatást vált ki.

[29] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 270 (1964).

III.

Az elosztási döntéseket vizsgáló, a hatásokra összpontosító megközelítésnek megvannak a maga problémái. Egyfelől szükséges hozzá a közvélemény napirendjének érzékelése; hogy melyek azok a témák, amelyek foglalkoztatják a nyilvánosságot, és amelyek lehetséges, hogy valamely szándék révén kerültek az érdeklődés homlokterébe. E megközelítés ezen kívül megkívánja a közbeszéd teljesítményének értékelését, ami nem abból áll, hogy kinek van igaza és kinek nem, hanem annak vizsgálatából, hogy a témához kötődő összes fontos álláspont teljesen és méltányosan jelent-e meg a vitában, ami alapján az emberek valódi döntéseket hozhatnak. Ezeknek az értékeléseknek figyelemmel kell lenniük a téma konkrét körülményeire, és ezért olykor igen fáradságos feladatnak tűnnek. Ám az Alkotmány legnagyszerűbb kívánalmai megkövetelik ezen értékeléseket, és ezek a mi hatáskörünkbe tartoznak. E döntések tulajdonképpen analógnak mondhatók azokkal, amelyeket nemzetünk egyetemeinek legkiválóbb oktatói hoznak meg az osztálytermi viták strukturálásakor. Efféle értékelések rejlenek a Mapplethorpe-vitát összefoglaló elemzésünkben: az NEA-támogatás megtagadásának hallatlan botránya abból ered, hogy folytatja és újratermeli a meleg közösséget kirekesztő vaskalaposságot. Még azok is elismerik ezt, akik e vitában a cenzúra oldalán állnak; igazság szerint ők pont ezt akarják.

A hatásra összpontosító megközelítés által alkalmazott értékelésnek számos analóg példája ismert a jogban, nem csak a hátrányos megkülönböztetés eseteiben, hanem olyan, látszólag távoli példákban, mint a versenyjog, amikor egy bíró állapítja meg egy adott piac paramétereit, vagy a jogsértő károkozás feletti ítélkezés során, amikor a bíró a tudományos lehetőség határait vizsgálja, hogy meg tudja ítélni egy briliáns védelem indokait. Kétségtelen, hogy lehet okunk húzódozni az efféle értékeléseknek a szólással kapcsolatos bíráskodás területére való beemelése ellen, mivel attól tarthatunk, hogy a bíráskodási hatalom a közvéleményt szűkítő eszköz lesz, ahelyett, hogy tágítaná azt, vagy még rosszabb, hogy egy meghatározott érvet előnyben részesít egy másikkal szemben. E veszély mértékének helyes megítéléshez két dolgot kell tekintetbe vennünk.

Először is, a bíróságok nem légüres térben ítélkeznek, hanem egy kritikus közösség árgus szemei előtt teszik a dolgukat, és itt nemcsak a jogászokra és a sajtóra kell gondolni, hanem a nemzetközi művészeti világ vezetőire. A Mapple-

thorpe-botrány figyelemreméltó volt abbéli teljesítményét tekintve, hogy milyen mértékben tudta a művészvilágot mozgósítani, és országszerte hány színházat és múzeumot tudott megmozgatni. Ha egy támogatási döntés ügyében bírósági felülvizsgálat válik szükségessé, e közösség tagjai részt vehetnek az eljárásban, mint ahogy tették a cincinnati perben is, hogy segítsenek a bíróságnak helyesen megítélni a támogatástól megfosztott mű politikai és esztétikai jelentőségét. Vagy mozgósíthatják a közvéleményt, ahogy azt tették a Helms-kiegészítésekre válaszul, hogy biztosak legyenek abban, hogy a bíróság nem bújik ki kötelessége alól, vagy nem válik a cenzúra eszközévé, amikor a hatásra összpontosító mérce szerint vizsgálja az NEA gyakorlatát. A bíróságok a politikai felelősséggel rendelkező intézményekhez mérve kevésbé reagálnak az efféle kritikákra, ám nem is immunisak azokkal szemben.

Másodszor, a hatásokra figyelő megközelítés elutasítása és a hajlandóság arra, hogy a források elosztását a döntés kritériumai alapján ítéljék meg, pont ugyanezen kockázatokat rejtené magában – nevezetesen, hogy a bíróságok egy vaskalaposságot fenntartó szándék eszközeivé válnának –, csak még kirívóbban. Mivel nyilvánvalóan nehézkes a döntés valódi okait feltárni és az azonosított okot kétségbe vonni, e folyamat során az NEA előnyére fog lejteni a pálya, és így csaknem változatlanul az Alap intézkedéseinek jóváhagyásához vezet majd.

Még a hatásra összpontosító megközelítés esetében is valószínű, hogy az állami hivatalnokok a támogatások megítélése során folytatják a „művészi kiválósághoz" hasonló meritokratikus ismérvek használatát. Az NEA kiválasztja majd azt a pályázót, akit vagy amelyet a legjobbnak vagy a legméltóbbnak talál. Az Alapnak ugyanakkor meg kell értenie, hogy a kiválóság általa alkotott mércéit vagy értelmezni kell, vagy meg kell őket változtatni az erőteljes közéleti vita iránti alkotmányos elkötelezettség okán. Amikor egy olyan kritériumot, mint a „művészi kiválóság", úgy használnak, hogy annak eredményeképp a nyilvánosság eszmecseréiből hiányzó gondolatokat és álláspontokat kifejező művészeti alkotások nem jutnak el a nagyközönséghez, ezáltal korlátozva a közéleti vitákat, akkor a kritériumot úgy kell átalakítani, hogy az összeegyeztethető legyen az Első Alkotmánykiegészítés céljaival.[30]

Az érdemmel kapcsolatos megfontolásoknak szintén van szerepük, amikor a bíróság elé kerül az elutasított pályázat felülvizsgálati ügye. Mint a korai hátrányos

[30] Ha egy bizonyos meritokratikus kritériumot úgy használunk, hogy az hatékonyabbá teszi a művészeknek juttatott támogatások feletti döntések delegálását, akkor az lehet, hogy – tekintetbe véve a művészvilág természetének egyes jellemzőit – eléri a kívánt hatást: az életerős közéleti vitát. Ebben a rendszerben a hatás marad az alkotmányos kár próbaköve, a kritériummegközelítés pedig pusztán instrumentális okok miatt indokolt, és bármikor eltörölhető, amikor nem hozza az elvárt eredményt.

megkülönböztetési esetekben, amikor a Legfelső Bíróság a hatásokat vizsgálta,[31] a művészi kiválóságra való hivatkozás szolgált egy nem kívánt hatást (a vaskalaposság fennmaradását) előidéző cselekvés igazolásául vagy védelméül. A művészi érdem mint a védelem érve, rögzíti a szóban forgó hatás elhárításához fűződő állami kötelesség külső határát, és hogy ez a korlát pontosan hol húzódik, az függ a szóban forgó hatás súlyától és az állami cselekvés igazolásának sürgősségétől. A szólás területén a hatás figyelemmel kísérésének kötelezettsége – hasonlóan a bőrszínnel kapcsolatos ügyekben tapasztalhatóakhoz – nem jelenti az érdem érvényesülésének végét. Amit jelent, az vagy a támogatási döntések alapjául szolgáló érdem-fogalmak felülvizsgálata, vagy pedig, fájdalom, azon értékek feláldozása, amelyet azok az érdem-fogalmak tartottak fenn, amelyek a demokratikus céljainkhoz méltó közéleti vitákat létrehozó alkotmányos célkitűzéseket nem foglalják magukba, vagy éppen ellentétesek azokkal.

Annak meghatározásához, hogy valóban megtörténik-e ezeknek a bizonyos értékeknek a feláldozása, és hogy mekkora lenne ez az áldozat, fontos megértenünk, hogy a művészet általában hogyan fejti ki oktató-nevelő tevékenységét: ez nem egy meghatározott nézet kifejtése által történik, mint a kereskedelmi célú hirdetésekben vagy a politikai propagandában; a művészet arra készteti a befogadót, hogy egy ismerős témát egy új szemszögből vegyen szemügyre, vagy egy ismeretlen témát hoz a látóterébe. A legjobb művészet arra késztet bennünket, hogy latolgassuk, újraértékeljük vagy felfüggesszük a köznapi vélekedéseket, és elutasítsuk a reflektálatlan feltételezéseket és várakozásokat. Szubjektíve a művészet a modortalan kíváncsiskodás attitűdjét provokálja, objektíve a tapasztalat vagy egy téma – Mapplethorpe esetében a szexualitás – olyan aspektusait tárgyalja, amelyek korábban rejtve maradtak, vagy amelyről téves nézetek terjedtek el. A legjobb művészet gazdagítja a közbeszédet, de nem úgy, ahogy Sztálin elképzelte, hanem úgy, hogy felnyitja szemünket, és így megváltoztatja azt, ahogy látjuk és értjük a világot.

A Mapplethorpe-kiállítást semmiképp sem lehetett a homoszexualitás vagy a melegek életének egyszerű és nyilvánvaló ünneplésének tartani, és nem is ez alapján számíthatott a közvélemény támogatására. A Mapplethorpe-kiállítás a közfigyelem homlokterébe helyezte a meleg közösséget, de csak azért, hogy bonyolultabbá tegye e kérdéssel kapcsolatos nézeteinket. Nyilvánvaló, hogy a fotográfiák a meleg szexualitás dacos állásfoglalásai voltak, ám valami másról is szó volt bennük. Az a mód, ahogy a témáikat megjelenítették, klasszikusan egyszerű kompozíciók és az érzéki felületeket makulátlanul tiszta és pontos elrendezése által, di-

[31] Lásd *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); Owen M. Fiss: A Theory of Fair Employment Laws. 38 *University of Chicago Law Review* 235 (1971); Owen M. Fiss: Gaston County v. United States: Fruition of the Freezing Principle. 1969 *The Supreme Court Review.* 379; Figyelemmel erre: Seth Kreimer: Reading the Mind of the School Board: Segregative Intent and the De Facto/De Jure Distinction. 86 *Yale Law Journal* 317 (1976).

vatfotókra emlékeztető módon, azzal a hatással járt, hogy az ábrázolt jelenetek beállítottnak és színpadiasnak tűnnek, mintha a résztvevők csak mások számára adnának elő valamit, mintha csak az öntudatuk attól függene, hogy miképp jelennek meg mások szemében. E képek párhuzamot sugallnak egyrészt a színpadias szexualitás – aminek meglehet, épp annyi köze van a pózoláshoz vagy épp a fájdalomhoz, mint az érzelmekhez[32] – és aközött, hogy milyen a melegek társadalmi helyzete ma Amerikában; egyszerre marginalizált, és van kitéve a többség árgus és gúnyos figyelmének. Átsétálva a kiállításon, a látogatóban felmerülhet a kérdés, hogy vajon a homoszexuális gyakorlat magába olvasztotta-e a társadalmi marginalizációt; azaz hogy talán a homoszexuális önképet a közvélemény undora és a szégyenkezés rombolja és torzítja. Mapplethorpe képei nem voltak a homoszexualitás vagy bármi más propagandisztikus hirdetésének tekinthetők, de arra invitáltak bennünket – mindannyiunkat –, hogy a homoszexuális orientációval és gyakorlattal kapcsolatos elképzeléseinket és hozzáállásunkat felülvizsgáljuk. Semmiféle művészi vagy demokratikus érték feláldozására nem került sor. Mapplethorpe fotográfiái egyszerre voltak nagy művészeti alkotások és nagy leckék, és összességében egy ihletett hozzájárulást jelentettek az olyan közéleti vitákhoz, amelyek azt ígérik, hogy „korlátlanok, erőteljesek és szélesre nyitottak".

Természetesen fennáll a veszély, hogy az állam úgy reagál az efféle ellentmondásos és provokatív művektől a támogatást megtagadó döntés bírósági felülvizsgálatára, hogy úgy ahogy van, kivonul az adott kulturális területről. Az állam felhagyhat a támogatási programmal, vagy legalábbis radikálisan csökkentheti azt, mely esetben a szólás még nagyobb vesztes lenne annál, mint ha az állam egyszerűen csak megtagadja a vitatott művészek támogatását. A Mapplethorpe-botrány valóban az NEA-nek utalt állami források mértékének jelentős csökkentését eredményezte az 1989-es támogatási rendeletben, és feltüzelte azokat a hangokat – amelyek a mai napig hallhatóak –, melyek szerint az államnak ki kell vonulnia a művészet támogatásából.[33] A büntetőjogi kontextusban nem fenyeget ehhez mérhető veszély, mivel az állam visszavonulása – az obszcenitási rendelet alapján nincs vádemelés vagy hatályon kívül helyezés – számít a bevett, a szólást támogató doktrínának.

[32] Ahogy a védelem által felvonultatott egyik tanú mondta a cincinnati perben, amikor az „X, Y, Z sorozatban" bemutatott szadomazochisztikus képekről kérdezték: „a fotográfia fizikai szépsége és az ábrázolt jelenet durvasága között fennálló feszültség az, ami ennek a műalkotásnak az értékét adja." Andy Grundberg: Critics Notebook: Cincinnati Trial's Unanswered Question. *New York Times,* Oct. 18, 1990, at C17, col. 3 (Jacquelynn Basst, a University Art Museum in Berkeley, California igazgatóját idézi).

[33] Lásd H.R. 209, 104th Congr., 1st Sess. (1995); 135 Cong. Rec. H3637 (daily ed. July 12, 1989) – Rohrabacher képviselő nyilatkozata; William Safire: Stop Subsidizing the Arts. *New York Times*, May18, 1990, at A31, col.6.

Nekem ugyanakkor úgy tűnik, hogy a büntetőjogi és az elosztási kontextusok közti különbségek az óvatos eljárást kívánják meg, és nem pedig azt, hogy esetükben különbözzenek a mércék vagy az általános megközelítések. A művészeti támogatások általános csökkentése nem szükségszerű, hanem esetleges körülmény. A bíráskodás nem veheti adottnak, hogy e csökkenés bekövetkezik, sőt, mindent meg kell tennie azért, hogy az ne következzen be, mindig nyitva tartva azt a lehetőséget, hogy ha minden világok legrosszabbika elérkezik, akkor az Első Alkotmánykiegészítés értékeinek védelmében esetleg el kell rendelnie e művészeti költségvetések befagyasztását vagy épp emelését. Az Alkotmány úgy rendelkezik, hogy a kongresszus nem hozhat törvényeket a szabad szólás korlátozására, azonban a heccelő vétója esetén, amikor egy beszélő ki van szolgáltatva egy haragos tömeg kénye-kedvének, az államnak az a döntése, hogy nem cselekszik – hogy úgy ahogy van, kivonul a művészet támogatásából –, lehet maga is olyan döntés, amelyet az Első Alkotmánykiegészítés tilt.[34] A törvényhozásnak biztosított széles jogkör a költségvetési döntések területén nem alkalmazható úgy, hogy alkotmányos célokkal ütközzön, vagy konkrétabban, hogy ütközzön a bíráskodás abbéli erőfeszítéseivel, hogy e célok elérését a törvényhozás által létrehozott programoknak és azok végrehajtó hatalom általi irányításának felülvizsgálata révén mozdítsa elő.

Az iskolai szegregációs ügyek területén az erőteljes bírói beavatkozás azzal a kockázattal fenyegetett, hogy az iskolaszékek inkább bezárják az iskolákat, mintsem hogy integrálódjanak. Ugyanakkor figyelemreméltó, hogy egy harmincéves időszak alatt, melynek folyamán ezer és ezer bírósági szegregációellenes határozat született, ez a kockázat csak két vagy három alkalommal vált valósággá, és ezek mindegyikében a bíróság valahogy úgy találta, hogy jogában áll elrendelni az iskolák újbóli megnyitását.[35] Ezt a hatalmat nem törte meg a frázisszerű kijelentés, miszerint „az Alkotmány nem szavatol jogot a közoktatásra" (mely némileg eltérő formában újra felbukkant a művészet kontextusában);[36] sőt, a Legfelső Bíróság megerősítette e bíráskodási hatalmat 1990-ben egy Kansas City-beli iskolával kapcsolatos esetben, melyben a szövetségi bíróság adóemelésre utasította az államot,

[34] Lásd 1. fejezet, III. rész, és Kalven i. m. (26. lj.), 89–91, 97–100.; lásd még a 27. lj.-ben; két helyzetet tárgyal, a gyűlöletbeszédet és a pornográfiát, amelyben az állami cselekvés elmaradása cselekvésnek tekinthető.

[35] Lásd *Griffin v. County School Bd.*, 377 U.S. 218 (1964); *Lee v. Macon County Bd. of Educ.*, 231 F. Supp. 743 (M.D. Ala. 1964); lásd szintén *United States v. Plaquemines Parish School Bd.*, 291 F. Supp. 841 (E.D. La. 1967) – az iskolaszék nem csökkentheti a szegregációt megszüntető integrált iskolák rámogatását, hogy a fehérek átmenjenek szegregált magániskolákba.

[36] Lásd például Independent Commission (17. lj.), 85. – A Jogi Tanácsadó Testület egyhangúlag megfogalmazott nyilatkozata, miszerint „a szövetségi kormányt nem kötelezi az alkotmány a művészetek támogatására".

hogy az abból befolyó összegből finanszírozza a bíróság szegregációellenes programját.[37]

Mint tisztán ideológiai kérdés, a kettős mérce alkalmazása melletti érv, amely élesen elkülöníti egymástól a támogatások és a vádemelések kérdését, és amely jóval lazább mércét alkalmaz az első esetben, mint a másodikban, sok helyen gyökerezik; ám ezek egyike sem olyan fontos, mint a kapitalista éthosz, amely a pénzt hatalommá alakítja, és kiváltságokat ad minden produktív cselekvőnek arra a tulajdonra vagy pénzre nézve, amit keresett. A kapitalizmus a magántulajdont termelőeszköznek véli, és ami fontosabb, egy élesen differenciált ösztönző rendszernek is. A legjobb kapja a legjobb fizetést. A munka imént említett ösztönző rendszere érdekében a hatékony termelésért kiosztott jutalmakat meg kell óvni a kevésbé jól fizetettek „pénzéhes mohóságától", és még inkább, fel kell ruházni velük azon szerencséseket, akik elnyerik e jutalmakat. A kapitalizmus által feltételezett magántulajdoni rendszer célja, hogy minden egyénnek biztosítsa az általa szerzett pénz tekintetében az arra való jogosultság és a biztonság érzetét. Bárki használja a pénzét úgy, ahogy az neki tetszik, költse azokra a holmikra, amikre akarja, adja annak, akinek kívánja, és tagadja meg azoktól, akiket nem kedvel, vagy nem csodál.

Semmi a világon nem indokolja, hogy a magántulajdonnal kapcsolatos jogosultság fogalmát ki kelljen terjesztenünk az államkincstárra, amely nem „jövedelem", hanem olyan összeg, melyet közcélokra gyűjtöttek be és azokra tartalékolnak. Azonban a kapitalizmus jelenlegi, győzedelmes pillanatában e gazdasági rendszer normái nem könnyen korlátozhatók. A pénz az pénz, és ami még rosszabb, az államról is hajlamosak vagyunk úgy gondolkodni, mint egy egyénről, Uncle Samet összekeverjük Donald Trumppal. Megszemélyesítjük és a produktív cselekvő előjogaival ruházzuk fel az államot, azt gondolván, hogy egyes tevékenységeket tetszése szerint támogathat, és hogy nem szabad olyan tevékenységek támogatására kényszeríteni, amelyeket nem kedvel, vagy nem csodál.[38]

[37] *Missouri v. Jenkins,* 110 S. Ct. 1651 (1990).

[38] Ennek folyományaként sokan érvelnek úgy, hogy adott pályázati juttatás vagy támogatás a műalkotásnak vagy a mű üzenetének elismerését, támogatását jelenti; mintha csak a kormány vagy az egyes adófizetők szólalnának meg. Helms szenátor a végletekig vitte ezt az érvet, amikor a cincinnati esküdtszék ítéletét kommentálta: a *New York Times* szerint „egy Helms-tanácsadó elmagyarázta", hogy „a szenátor azt hitte, hogy az NEA-támogatás következményeképp a fotográfiák a kormány által elfogadott műalkotásoknak fognak minősülni, mely nyomán egyetlen esküdtszék sem ítélheti őket immár obszcénnak." Cincinnati Jury Acquits Museum in Mapplethorpe Obscenity Case. *New York Times,* Oct. 6, 1990, 1., Helms szenátor álláspontját megerősítendő, az 1990-es rendelet kitér arra, hogy „[e]gy pályázati anyagnak az NEA vezetője általi elfogadása vagy elutasítása nem értelmezhető úgy, és nem is tekinthető bizonyítéknak arra nézvést, hogy [a támogatott műalkotás] obszcénnak minősül, vagy épp nem minősül annak." Arts, Humanities, and Museum Amendments of 1990, Pub. L. No. 101-512, § 103(b), 104 Stat. 1915, 1963-64 (1990). Véleményem szerint csekély az a veszély, amitől Helms

Amire ebben a helyzetben kárpótlásul szükségünk volna, az az, hogy érezzük a határokat. Bárki készséggel elismerheti a kapitalizmus, mint az árukat és szolgáltatásokat létrehozó hatékony gazdasági rendszer csodáit anélkül, hogy azt kellene hinnie, hogy a társadalmi élet – például a politika vagy a családi élet – minden döntése felett e gazdasági rendszer normáinak kell uralkodniuk. Szomorú lenne, ha az Első Alkotmánykiegészítést foglyul ejtené a kapitalizmus, azaz, ha megengednénk, hogy a magántulajdon védelme iránti vágyaink korlátozzák a szabad szólást. Az állam által beszedett bevételek közösségi forrásnak számítanak, amit közcélokra kell fordítani, és nem ismerek méltóbb célt e források elköltésére, mint a demokrácia megőrzése; mellőzött és semmibe vett vélemények és lehetőségek bemutatása a közvéleménynek. A kormányzati támogatásokat, irányuljanak bár a művészet vagy az oktatás területére, nem szabad közkeletű vaskalapos nézetek erősítésére fordítani, hanem a népszuverenitás érdekében inkább provokálni és gerjeszteni kell általuk a közéleti vitákat, hogy azért éljünk úgy, ahogy élünk, mert úgy akarunk élni, és nem azért, mert csak a megszokott határáig terjednek az ismereteink vagy a képzeletünk.

tart [annak a veszélye, hogy a műalkotásról azt gondoljuk, az állam annak üzenetével egyetért], különösen, ha az NEA a törvény (egy bírósági határozat vagy az alkotmány) alapján ítéli meg a támogatásokat. Senki sem fogja azt gondolni, hogy a Mapplethorpe-kiállítás az állam nézeteit tükrözi meghatározott kérdésekben (szadomazochizmus vagy homoszexualitás), és még kevésbé, hogy olyan adófizetők nézeteit, akiket sérthet a kiállítás. Bármely efféle félreértés megelőzhető egy tisztázó nyilatkozattal. Másrészt viszont az NEA abbéli döntése, hogy támogat egy projektet, ideális esetben az intézmény ítéletét kellene hogy hordozza – amely bírósági felülvizsgálat tárgya is lehet – azon kérdésekről, amelyeket a közvéleménynek mérlegelnie kell, azon véleményekről, amelyeknek el kell hangozniuk vagy amelyek hiányoznak a közbeszédből. Ezek a döntések analógnak tekinthetők az államnak a közoktatás és a közmédia területén hozott döntéseivel, mely esetekben az Első Alkotmánykiegészítés nemhogy nem tiltja el az államot e döntésektől, hanem azok épphogy az Alkotmány legmagasabbrendű értékeit igyekeznek érvényre juttatni.

6.

A helyes semlegesség

Prológus

Az Állami aktivizmus és állami cenzúra *című cikkemben (jelen kötet 5. fejezete) az állami semlegesség kívánatosságával kapcsolatos, liberális gondolkodók által felvetett ellenérvekkel kellett megküzdenem. Számukra az állam csak akkor teljesíti e kívánalmat, ha teljesen visszavonul a szólás-cselekvések támogatásának területéről. Ez a visszavonulás nekem nem tűnik túlságosan semlegesnek, mert a piac szorításának tenné ki a szólást. Jennifer Brownnal, egyik asszisztensemmel való hosszas beszélgetések után bevezettem az állam mint „parlamenter" fogalmát, hogy segítségével elmagyarázzam, hogyan tud az állam a beszélők között úgy dönteni, hogy közben semleges marad.*

Az alábbi esszében – amelyet 1995 februárjában a Capital Egyetem Jogi Karán és a Tulane Egyetemen adtam elő előadás formájában, és a heves reflexiókkal együtt 1995 őszén a Capital University Law Review*-ban publikáltam – folytatom az állam mint „parlamenter" fogalmának vizsgálatát. A tanulmány közvetlen kontextusa a gyűlöletbeszéd, mely probléma az elmúlt években fokozódó érdeklődés által övezett, és amely, ahogy a pornográfia is, fontos kérdéseket vet fel a társadalmi egyenlőtlenséggel és annak a szólásszabadság doktrínára vonatkoztatott jelentőségével kapcsolatban.*

Az állam mint „parlamenter" értelmezése során tűnhet úgy, hogy egy Harry Kalven *és korábban* Alexander Meiklejohn *által hébe-hóba használt fogalomhoz nyúlok vissza. A közelmúltban* Robert Post *– fájdalom, ismét csak egy egykori kedvenc diák – erőteljes kritikával illette ezt az elképzelést. A* Meiklejohn's Mistake: On Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse *című cikk a* University of Colorado Law Review*-ban 1993-ban, és később 1995-ben, Post* Constitutional Domains: Democracy, Community, Management *című kötetében is megjelent. Jelen esszében igyekszem válaszolni Post cikkére és hivatkozom Morris Lipson terjedelmesebb válaszára is, melyet 1995-ben a* Yale Law Journal*-ben jegyzetként közölt.*

Képzeljünk el egy közösséget, amelyben hagyományosan csak fehérek élnek. Beköltözik közéjük egy fekete család. Vesznek egy házat. Egyes szomszédokat felháborít az új család érkezése. Ezek a szomszédok először csak azzal fejezik ki elégedetlenségüket, hogy semmibe veszik az újonnan jötteket, ám hamarosan rosszabbra fordulnak a dolgok. Egy éjszaka valaki a fekete család háza előtti közterületre kitesz egy keresztet, majd meggyújtja azt.

Ezután az elkövetőket letartóztatják, és vádat emelnek ellenük. A vád az, hogy megsértettek egy helyi rendeletet, amely tiltja az olyan önkifejező cselekvéseket (köztük a keresztégetést is), amelyek a nemi hovatartozás, vallás, vagy bőrszín alapján kiválasztott egyénekben haragot, riadalmat keltenek, vagy megbántják őket. A vádlottak azzal védekeznek, hogy a rendelet sérti az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogaikat.

1992-ben a *R.A.V. v. City of St. Paul* esetben a Legfelső Bíróság egy ezzel analóg esetben ítélkezett, és Scalia bíró véleményét követve alkotmányellenesnek ítélte az illető rendeletet.[1] Az ítélet – a Rehnquist-testület egyik legfontosabb ítélete a szólásszabadság területén – nagy felzúdulást okozott alkotmányjogászi körökben, és megosztotta azokat, akik amúgy mind az Első Alkotmánykiegészítés barátainak tekintették magukat. A Legfelső Bíróság felhasználta az alkalmat, hogy a kinyilvánítsa a szabad szólás felsőbbségét más alkotmányos értékekkel szemben, még az egyenlőséggel szemben is, és masszív támogatást nyújtott a tartalomsemlegességre hivatkozó ítélkezés számára. Azonban a Legfelső Bíróság tekintete elsiklott a tény felett, hogy ezúttal egy olyan helyzettel állt szemben – amely amúgy jelen könyv fő témája is –, amikor az államnak elképzelhető, hogy korlátoznia kell a szólást, hogy a kevesebb hatalommal bíró emberek hangja hallható legyen.

[1] 112 S. Ct. 2538 (1992).

I.

Elöljáróban ki kell emelni, hogy a *R.A.V.*-ban döntő testület nem a keresztégetés cselekményére összpontosított. Scalia bíró nem utalt arra, hogy a keresztégetés maga alkotmányos védelem alatt vagy az állami szabályozás felett állna. Ellenkezőleg, a Legfelső Bíróság egy meghatározott rendeletet nehezményezett, amelyre hivatkozva vádat emeltek bizonyos emberek ellen. A Legfelső Bíróság nyíltan alkotmányellenesnek nyilvánította a rendeletet, és elrendelte, hogy az senkire ne legyen alkalmazható, még ha keresztégetéssel vagy bármilyen más tiltott cselekvéssel vádolják is az illetőt.

St. Paul város rendelete így hangzik a maga teljességében: „Aki köz- vagy magánterületen olyan jelképet, tárgyat, elnevezést, jellemzést vagy graffitit helyez el, beleértve, de nem kizárólagosan: égő keresztet és náci horogkeresztet, amelyről köztudott, vagy feltételezhetően köztudott, hogy rassz, bőrszín, hit, vallás vagy nemi hovatartozás alapján meghatározott személyekben haragot, riadalmat vagy megbántottságot kelt, az szabálysértésnek minősülő rendbontást követ el."[2]

Ezen intézkedés hatályba léptetésével a város a magán- és közterületeken elhelyezhető jelképeket igyekezett szabályozni; a tételes felsorolásban a rendelet a leghírhedtebb rasszista jelképet említette – az égő keresztet, amely hosszú ideje a Ku Klux Klan szimbóluma, és amely szokásos jelentése, hogy az illető településen nem kívánatosak a feketék. St. Paul város rendelete nyilvánvaló módon a kifejezés korlátozásának tekinthető.

E törvény érvényességének megítélése során Scalia bíró bölcsen elkerült egy módszert – amelyet annak idején még Black legfelső bírósági bíró vezetett be –, miszerint azon az alapon ítélte volna el a rendeletet, hogy az egy kifejezést vagy szólást kívánt korlátozni. Az Első Alkotmánykiegészítés leszögezi: „A Kongresszus nem csorbítja a szólás- vagy sajtószabadságot"*, és egy meghatározott abszolutisztikus értelmezést megalapozva, Black bíró újra meg újra ragaszkodott ahhoz,

* A fordítás forrása: Az Egyesült Államok Külügyminisztériuma. http://hungarian.hungary.usembassy.gov/constitution_in_hungarian.html

[2] St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990).

hogy az Első Alkotmánykiegészítés angol nyelvű megfogalmazásában a „no law" azt jelenti, hogy „no law".[3]

Black, mint egykor a New Deal demokrata párti hű védelmezője a Szenátusban, Roosevelt elnök révén került a Legfelső Bíróság testületébe az 1930-as években, és már a kezdettől fogva meggyőződése volt, hogy a *Lochner v. New York*[4] eset és a New Dealre pusztítólag ható hasonló legfelső bírósági esetek kelepcéit mindenképp el kell kerülni. Black bíráskodási filozófiájának magva a „tartalmilag tisztességes eljárással" *(substantive due process)* és azzal a gyakorlattal szembeni mélységes ellenérzés volt, amely a bírák mérlegelési hatáskörébe utalt törvényeket, amelyeket ők ítélhettek „önkényesnek" vagy „indokolatlannak".[5] Ennek következményeként Black bíró minden olyan alkotmányos értelmezést elutasított, amely a Legfelső Bíróságot hasonló kétesélyes döntési helyzetbe hozhatta. Döntéseihez a jogi literalizmus eszközét, azaz az alkotmányos rendelkezések egyszerű és átvitt értelemtől mentes értelmezését használta, és a szólásszabadsággal kapcsolatos ügyekben részéről ez egyfajta abszolutisztikus értelmezéshez vezetett.

A Legfelső Bíróság sok tagja rokonszenvezett Black általános célkitűzésével, és én Scalia bírót is közéjük sorolom; ezzel együtt Blacknek az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos abszolutizmusa sosem nyerte el a többség támogatását a Legfelső Bíróságon. Igazából az évek során egyetlen szavazatot kapott – William Douglas bírótól. Nyilvánvaló volt, hogy Black literalizmusa szelektív volt, például a Kongresszusba beleértette a végrehajtó és a bírói hatalmi ágakat is. A szelektív literalizmusnak valamiféle elméletre kell támaszkodnia, amely eligazítást nyújt abban a kérdésben, hogy mely kifejezéseket kell szó szerint venni és melyeket nem, és mint ilyen, nem tekinthető tiszta literalizmusnak. Sőt, azok az ítéletek, amelyektől Black annyira tartott, szükségképp magukban foglalták volna annak meghatározását, hogy bizonyos emberi viselkedések inkább tekinthetők-e „szólásnak", semmint „cselekvésnek". Bizonyára ő is azt szerette volna, hogy – mint a Legfelső Bíróság gyakorlata is mutatja – az Első Alkotmánykiegészítés a szólást ne csak annak szokásos, szó szerinti értelmében védelmezze; e védelem ne csak szóbeli megnyilatkozásokra terjedjen ki, hanem filmekre, regényekre, felvonulásokra és még a zászlóégetésre úgyszintén.

[3] Lásd például *New York Times Co. v. United States,* 403 U.S. 713, 714-20 (1971) – Black bíró, párhuzamos vélemény; Hugo L. Black: The Bill of Rights. 35 *New York University Law Review* 865 (1960).

[4] 198 U.S. 45 (1905).

[5] Lásd Tinsley E. Yarbrough: *Mr. Justice Black and His Crtitics.* Duke University Press, 1988. 50–51. E nézet két szenvedélyesebb megfogalmazását lásd *Griswold v. Connecticut,* 381 U.S. 479, 513 (1965) – Black bíró, különvélemény; és *Goldberg v. Kelly,* 397 U.S. 254, 276–77 (1970) – Black bíró, különvélemény.

Black bíró nagy feneket kerített a „no law" kérdésének, arra azonban már nem fordított gondot, hogy pontosan meghatározza azon törvényeket, melyeket az Első Alkotmánykiegészítés valójában megtiltott. Ez nem egyszerű figyelmetlenség volt. Ahogy Alexander Meiklejohn azt hangsúlyozta, az Első Alkotmánykiegészítés a „szólás szabadságát" *(freedom of speech)* korlátozó törvényt tiltja, nem a *„megszólalás* szabadságát" *(freedom to speak)* korlátozót.[6] A „szólás szabadsága" kifejezés a szabadság szervezett és strukturális felfogását sugallja, egy olyan felfogást, amely tisztában van azzal, hogy az állami hatalom gyakorlása a szólás felett korlátozott ugyan, de nem teljes egészében tilos. Black bíró véleményével ellentétben a Legfelső Bíróság megközelítése – a *R.A.V.*-esetben és másutt – megengedi a szólás korlátozását, ám csupán arra a lehető legszűkebb mértékre korlátozva, ami elengedhetetlen az állam alapvető funkcióinak működéséhez.

St. Paul város rendelete megfogalmazását tekintve tágra szabta érvényességének körét, talán túl tágra is. Minnesota állam Legfelső Bírósága tisztában volt a rendelet széles hatókörével, és annak biztosítása érdekében, hogy a rendeletet a szabályozás hagyományos keretei között tartsa, annak hatókörét a „támadó szavak" területére korlátozta. Ezen elnevezés azokra a kifejezésekre vonatkozik, amelyekről feltehető, hogy azonnali erőszakos választ váltanak ki azokból, akikre a kifejezés vonatkozik, és ezen felül kevés olyan gondolati elemmel rendelkeznek, amely révén gazdagítanák a közügyek megvitatását. Ezen okok miatt az Egyesült Államok Legfelső Bírósága egyik korai szólásszabadság-ítéletében úgy határozott, hogy a „támadó szavakat" nem védi, vagy másképp fogalmazva, azokat az állam tetszőleges módon korlátozhatja.[7]

St. Paul város rendeletének ezen értelmezése szűkíti annak hatókörét, ám az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos problematikát nem szünteti meg, hisz, ahogy Scalia bíró mondta az *R.A.V.*-ben, a „támadó szavak" akkor is szavak. A „támadó szavakat" az állam korlátozhatja ugyan, ám, minthogy azok bizonyos esetekben a vélemény közvetítésének vagy álláspont megszilárdításának is eszközei lehetnek, és mint ilyenek, részei a közbeszéd karcosabb oldalának, érzékeny kérdés, hogy *hogyan* szabályozzuk azokat.

Scalia a törvény elfogultságára hivatkozva találta elfogadhatatlannak azt a módot, ahogy St. Paul eljárt e kérdésben. Ez talán zavarba ejtően hangzik, ha tekintetbe vesszük St. Paul rendeletének általános, minden releváns esetre kiterjedő hatáskörét. A rendelet bármely, tetszőleges rasszista véleményt kifejező cselekményt tiltott, amely haragot vagy riadalmat keltett a megnyilatkozások célpontjaiban, le-

[6] Lásd Alexander Meiklejohn: The First Amendment Is an Absolute. 1961 *The Supreme Court Review.* 245, 255.

[7] *Chaplinsky v. New Hampshire,* 315 U.S. 568 (1942).

gyenek azok fehérek vagy feketék. Másrészt viszont nem vonatkozott azokra, akik a rasszizmus ellen küzdöttek – az antirasszistákra. Nyilvánvaló, hogy a rasszizmus ellen harcolók nem égetnek kereszteket nézeteik népszerűsítése érdekében, ám éppúgy vannak szimbólumaik vagy megnevezéseik, amelyek másokban haragot, riadalmat keltenek vagy nekik sérelmet okoznak – ezek az ő „támadó szavaik". Például közterületen elhelyezett graffitiben ellenfeleikről azt a feltételezést fogalmazhatják meg, hogy azok nácik, vagy elégethetik az amerikai zászlót azok háza előtt, akikről az gyanítják, hogy rasszista nézetek hirdetői. St. Paul város rendeletének saját maga által szabott fogalmai szerint nem kívánta szabályozni az efféle tevékenységeket, és érvényességének ezen korlátaira hivatkozva Scalia bíró úgy érvelt, hogy a törvény a vélemény természete szerint tett különbséget szólás és szólás között, és így összeütközött az Első Alkotmánykiegészítés egy fő szervezőelvével. Scalia bíró elemzésének ezt a részletét rendkívül lényegesnek tartom: „St. Paul városának (...) nem áll hatalmában az egyik résztvevő számára engedélyezni a ketrecharc módszereit, miközben a másiknak megszabja, hogy betartsa a sportszerű ökölvívás szabályait."[8]

A vélemény tartalmára hivatkozó megkülönböztetés tiltása az Első Alkotmánykiegészítés azon felfogásában keresendő, amely – jelen könyvnek is központi témája, és a szakma számára is csaknem axiomatikus tétel – kimondja, hogy a törvény a demokratikus önkormányzás eszköze. E nézet szerint az Első Alkotmánykiegészítés célja a nép abbéli szuverenitásának védelme, hogy eldönthesse, miként kívánják életüket élni. Az állam nem azért van, hogy a nép helyett eldöntse e kérdést, és – számunkra itt még idevágóbb módon – az államnak nem megengedett a nyilvános vitát olyan módon manipulálnia, hogy az ténylegesen befolyásolja e döntést. Az államnak semlegesnek kell maradnia versengő vélemények megléte esetén. Scalia bíró szemében St. Paul városa megszegte a semlegesség kívánalmát, amikor olyan rendelkezést léptetett hatályba, amelyik korlátozta a rasszisták véleményt kifejező cselekvését, de azokét nem, akik a rasszizmus ellen küzdenek.

[8] 112 S. Ct. at 2548. Scalia szintén ellenvetésként fogalmazta meg, hogy az intézkedés vonatkozott a faji ellentétekre, de a szakszervezeti konfliktusokra például nem. Ez az ellenvetés hasonló a *Police Dep't of Chicago v. Mosley,* 408 U.S. 92 (1972) esetben tapasztalható elfogultsághoz, melyben a bíróság fenntartotta a sztrájkőrség betiltásának alkotmányellenes voltát, mivel az kivette hatálya alól a munkásmozgalmi sztrájkőrséget, ám ez kevésbé tűnik központi kérdésnek döntésében és az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos elméletekben.

II.

Az *R.A.V.* kritikusai közül sokan elismerik St. Paul rendeletének nem-semleges jellegét, ám e megkülönböztető eljárást az állami beavatkozás alapjául szolgáló tényleges értékre, az egyenlőségre alapozzák.[9] E kritikusok szerint semmi kivetnivaló nincs abban, ha a város az antirasszistáknak kedvez, mivel a Tizenharmadik, a Tizennegyedik és a Tizenötödik Alkotmánykiegészítés, továbbá ezen intézkedéseket életbe léptető törvények mind elítélik a rasszizmust. A rasszizmus ellen küzdők tekinthetők úgy, mint akik megvalósítják az Alkotmány egyenlőséget támogató céljait – mint az Alkotmány katonái –, és mint ilyenek, megilletik őket bizonyos előnyök a rasszizmus szószólóival vívott vitáik során. Igaz, a város nem semleges, ám minthogy olyan állásfoglalást támogat, amit az Alkotmány is támogat, így abból baj nem lehet.

Az *R.A.V.* iménti kritikája messzeható kérdéseket fogalmaz meg az önkormányzás korlátairól. Egy egyén számára megengedhető-e, hogy az alkotmányos rendszerrel összeegyeztethetetlen cselekvéseket szorgalmazzon, és az Első Alkotmánykiegészítésnek meg kell-e védeni e személy ebbéli igyekezetéhez fűződő jogait? Az Első Alkotmánykiegészítéshez fűződik egy hagyomány, amelyet a modern korszakban legjobban talán az 1950-es évek kommunistaellenes keresztes hadjárataira adott ellenséges liberális reakciók illusztrálnak; mely a lehető legtágabb értelemben tekint az önkormányzás fogalmára, és amely igennel válaszol az előző kérdésre. Szabad a vásár, még az alkotmányos alapelvek is. Csaknem mintha az Első Alkotmánykiegészítésből származna a forradalomhoz való jog.

A kommunistákat a kormány erőszakos megdöntésének támogatásával vádolták – az Alkotmány teljes eltörlésével –, és a McCarthy-korszak liberális kritikusai úgy érveltek, hogy e lehetőség nyitva kell hogy álljon az emberek számára, hisz

[9] Lásd például Cass R. SUNSTEIN: *Democrary and the Problem of Free Speech.* New York, The Free Press, 1993. Akhil Amar professzor hibáztatja a Legfelső Bíróságot a polgárháborús alkotmánykiegészítések figyelmen kívül hagyása miatt, alapvetően a Tizenharmadik Alkotmánykiegészítést használva mint az egyenlőség elvének forrását, ám megtorpan, és a bíróságot abban hibáztatja, hogy helytelenül választotta meg indokolásához az értékeket. Akhil R. AMAR: The Case of the Missing Amendments: RAV. v. City of St. Paul. 106 *Harvard Law Review* 124, 151–61 (1992).

csak így lehet azt alaposan megvizsgálni, és megfelelőképp elutasítani. Végül a Legfelső Bíróság a liberális álláspontot tette magáévá,[10] és ezen ítéletek támogathatták az *R.A.V.*-döntést. Scalia nevében úgy is érvelhet valaki, hogy az Első Alkotmánykiegészítés a rasszizmus, vagy továbbmenve, a polgárháborús rabszolgaság-eltörlő alkotmánykiegészítéseket, illetve az azokon alapuló törvényeket megsemmisíteni kívánó szándék támogatását óvja. Függetlenül attól, hogy mi a kérdés, az államnak nem szabad állást foglalnia, és még fontosabb, nem szabad egyik kimenetel irányába sem terelni a kérdésről szóló vitát.

Az évek során a Legfelső Bíróság érzékeny egyensúlyt alakított ki a közéleti vitában betöltött semleges állami szerep és az állam rendőri fellépését lehetővé tevő szerep között. Ennek eredményeképp a Legfelső Bíróság mindig, még a legliberálisabb pillanataiban is megfontolta, hogy védje-e a felforgató szándékokat. A kommunisták számára megengedett volt, hogy a forradalom általános célkitűzéseiért fellépjenek, ám a bíróság meghúzott egy határt, amin túl a forradalom éltetése már izgatásnak számított. Hasonlóképp, lehet úgy érvelni, hogy a rasszistáknak lehetőségük kell hogy legyen arra, hogy éltessék az egyenlőtlenséget – írhatnak könyvet arról, hogy meg kell semmisíteni a polgárháborús alkotmánykiegészítéseket, vagy felvonulást szervezhetnek a faji felsőbbrendűség eszméinek támogatására –, ám nem lehetnek jogosultak arra, hogy egy fekete család háza előtt éjszaka keresztet égetve fejezzék ki nézeteiket. Az ilyen kifejezés-cselekvés tekinthető „fenyegetésnek" vagy „zaklatásnak" és az „uszításhoz" hasonlóként kezelendő – olyan szólás-cselekvés, amely átmenetileg megtestesíti azt a fajta károkozást, amelyet az államnak egyértelműen joga van korlátozni. Megtagadni az állam azon jogát, mely az efféle szólás korlátozásához fűződik, egyet jelentene azzal, hogy megtagadjuk tőle a károkozás megelőzéséhez szükséges hatalmat.

Ez mind igaz, ezzel együtt érdemes ismét hangsúlyozni, hogy a Legfelső Bíróság az *R.A.V*-ben nem a cselekvés, hanem a rendelet felett ítélkezett; könnyen lehet, hogy az államnak rendelkeznie kell hatalommal a fenyegetések, zaklatások, „támadó szavak" általános korlátozása alá eső keresztégetés tiltásához. Az *R.A.V.*-ben semmi sem zárta ki ennek lehetőségét. Amire az ítélet összpontosított, az a tény volt, hogy St. Paul rendelete a szólást részrehajlóan korlátozta: vonatkozott a rasszisták „támadó szavaira", de a rasszizmus ellen küzdők hasonló megnyilvánulásaira nem. Ez olyan lenne, mintha a kommunisták uszítását korlátozni kívánná az állam, a kapitalistákét pedig nem.

[10] Lásd *Noto v. United States,* 367 U.S. 290 (1961); *Scales v. United States,* 367 U.S. 203 (1961); *Yates v. United States,* 354 U.S. 298 (1957). Ezen esetek általános tárgyalását lásd Harry Kalven, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 211–26. Lásd még *Brandenburg v. Ohio,* 395 U.S. 444, 447 (1969) – az erőszak használatának megakadályozása csak akkor megengedett, ha a támogatásból azonnali törvénytelen cselekedetre való izgatás lett.

A liberális állásfoglalás a kommunista esetekben és Scalia bíró tiltakozása a St. Paul rendelet részrehajlása ellen azon a szemléleten alapulnak, amely a szólást rendkívül kivételezett helyzetben tünteti fel. Scalia bíró gyakorlatilag azt mondja, hogy bármely közüggyel kapcsolatos vitának zavartalannak és szélesre nyitottnak kell lennie, még akkor, is, ha alkotmányos védelem alá tartozó értéket – mint amilyen az egyenlőség – veszélyeztet. Az Első Alkotmánykiegészítés az első.[11] Az *R.A.V.*-döntés kritikusai kitartottak amellett, hogy az alkotmányos értékek efféle fontossági sorrendbe állítása nem indokolható – a szabadság és az egyenlőség konfliktusában nem világos, hogy miért a szabadságnak kell érvényesülnie. E fontossági sorrend harmonizálhat a klasszikus liberális filozófiával, annak is az egyéni szabadság iránti kizárólagos odaadásával, azonban a mai liberalizmus, különösen, ahogy azt az 1960-as évek polgárjogi mozgalmai módosították, egy kettős kötődéssel jellemezhető: a szabadság és az egyenlőség iránti együttes kötődéssel.

Az *R.A.V.* alapelve ebben a vonatkozásban nem tökéletes. Ezzel együtt azok, akik az *R.A.V.*-t ezen az alapon bírálják, Scalia bírónál nem szilárdabbak a saját alapelveiket illetően – a szabadság és az egyenlőség konfliktusában ők egyszerűen az egyenlőséget emelik ki, anélkül, hogy ezt különösebben megindokolnák. Ez egy zsákutca, ahol a liberálisok saját magukkal csatáznak. Az egyik csoport a szabadság elsőbbsége mellett tör lándzsát, a másik az egyenlőség elsőbbsége mellett, és egyik sem nyújt elvi alapon megindokolt magyarázatot. A liberálisoktól azt várják, hogy meghatározó elveik tekintetében döntsenek az egyik mellett a másik rovására.

[11] Edmond Cahn használta e formulát a McCarthy-korszakban. Edmond Cahn: The Firstness of the First Amendment. 65 *Yale Law Journal* 464 (1956). E korszakban mások az Első Alkotmánykiegészítést „előnyben részesített szabadságnak" nevezték. Lásd Robert B. McKay: The Preference for Freedom. 34 *New York University Law Review* 1182 (1959).

III.

A liberálisokat manapság megosztó dilemmán gondolkodva úgy tűnik nekem, hogy nem lehetetlen, legalább az érvelés kedvéért, beleegyezni Scalia bíró legfőbb – az Első Alkotmánykiegészítést legfontosabbnak tekintő – alaptézisébe, és mégis elfogadhatónak találni St. Paul rendeletének részrehajló jellegét. Mint ahogy amellett érveltem a pornográfia kontextusában (a 4. fejezetben) és a kampányfinanszírozást tárgyalva (az 1. fejezetben), e megközelítés a szólás elnémító hatására összpontosít. E megközelítés alapja az, hogy a keresztégetés nem csupán támadja a feketéket, nem csak azon jogukat veszi semmibe, hogy ott lakjanak, ahol az nekik tetszik, hanem korlátozza a feketék szóláshoz fűződő jogait is. Elriasztja őket attól, hogy részt vegyenek a társadalom közös ügyeinek megvitatásában és eldöntésében. Így kevésbé érzik a jogosultságot és a hajlandóságot arra, hogy nézeteiknek a nyilvánosság előtt hangot adjanak, és inkább megtartják azokat maguknak. Csaknem oly hathatós az elhallgattatásuk, mintha állami beavatkozás révén történt volna.

Ebből a szemszögből nézve St. Paul rendelete hasonlatosnak tűnhet ahhoz, amikor a parlamenter igyekszik megvédeni a közéleti vita sérthetetlenségét. A város a feketék szóláshoz való jogának védelmét próbálja biztosítani; és a rendelet nem pártatlan, mivel a város úgy döntött, hogy a rasszisták nem kívánnak efféle védelmet, sőt, egyes szólás-cselekvéseiket – így például a keresztégetést igen, de egy könyv kiadását vagy a főutcán fehér csuklyában vagy náci egyenruhában masírozást már nem biztos – korlátozni szükséges annak érdekében, hogy így támogassák a feketék önkifejező cselekvéseit. St. Paul ezért némít el egyeseket, hogy így mások juthassanak szóhoz.

E beavatkozással a város a feketék szólással kapcsolatos jogait védi, és az a meggyőződés áll mögötte, hogy a célt csak a rasszisták számára nyitva álló, szólásnak minősülő cselekvések korlátozása által érheti el. A feketék szólás-jogait ily módon előnyben részesítve a város nem foglal állást – alkotmányos vagy másmilyen alapon – az értékekről, melyet az egyes oldalakon megfogalmazott nézetek képviselnek. Ezzel szemben azt mondja, hogy a közösség ezen szegmensét alaposabban meg kell ismerni ahhoz, hogy a közvélemény megfontolt döntéseket tudjon hozni a napirendjére kerülő kérdések sokaságával kapcsolatban, kezdve a pozitív diszkriminációval az oktatáson át a jóléti szolgáltatásokig. A város ekkor úgy cse-

lekszik, mint a parlamenter, és igyekszik véget vetni egy olyan cselekvésnek, amely egy másik csoportot elnémít, és így torzítja és csorbítja a közügyek megvitatását. Nem kívánja elbitorolni a közvélemény kollektív önrendelkezési jogát, hanem épp ellenkezőleg; erősíteni igyekszik a nyilvánosság e jog helyes gyakorlására való képességét.

Kétségtelen, hogy e beavatkozás valószínűleg hatással lesz az emberek választására. A folyamatok szabályozása a végeredmény megváltozásával jár. Az, ahogy a végeredmény ennek hatására változik, hasonló lesz ahhoz a változáshoz, amelyet a parlamenter idéz elő azáltal, hogy ragaszkodik ahhoz, hogy minden oldalt meg kell hallgatni. Bár egy gyűlés résztvevői különbözőképp szavazhatnak, ha nem csak egy oldal véleményét ismerik meg, hanem a vitában minden álláspontot meghallgatnak, ez a dolog inkább üdvözlendő, semmint elítélendő. Az Első Alkotmánykiegészítés által óva őrzött demokratikus önkormányzás elve nem egyszerűen az emberek választásait védi, hanem azokat a választásaik, amelyeket a szükséges információk birtokában, és a döntés megfontolásának megfelelő körülményei között hoznak az emberek.

Egy korábbi korszakban az Első Alkotmánykiegészítés gondolkodói, olyanok, mint Alexander Meiklejohn és Harry Kalven, a szabad szólás liberális álláspontjának megalkotói, gyakran használták a „parlamenter" metaforáját az állam szabad szólás szabályozásában betöltött szerepének megragadására.[12] Ők a társadalmat egyetlen gigantikus falugyűlésként *(town meeting)* fogták fel, ezen elgondolás szerint védték a közbeszéd „idő, hely és mód" aspektusait szabályozó elképzeléseket, és ők fejtették ki, hogy a „heccelő vétója" miért oly kifogásolható. Mostanában Robert Post professzor illette kritikával a „falugyűlés" fogalmának efféle használatát és a következtetést, hogy az állam szerepe úgy fogható fel, mint a parlamenteré. Álláspontja szerint e nézet legmélyén antidemokratikus feltételezések rejlenek.[13]

Post szerint, míg a valódi falugyűlések alapja az, hogy a résztvevők megállapodnak a tanácskozás napirendjében – olykor hallgatólagosan vagy informálisan –, a civil társadalomról ez nem mondható el. A civil társadalomban nincs rossz döntés, minden elgondolás számít. Post szerint a civil társadalom akkor tekinthető falugyűlésnek, ha van napirendje, ám ez csak akkor jöhet létre, ha az állam valamely

[12] Lásd Alexander Meiklejohn: *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People.* New York, Harper & Brothers, 1948. 24–28.; Harry Kalven, Jr.: The Concept of the Public Forum. 1965 *The Supreme Court Review* 1, 23–25.

[13] Lásd Robert C. Post: Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse. 64 *University of Colorado Law Review* 1109, 1113–19 (1993), újraközölve: Robert C. Post: *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management.* Cambridge, Harvard University Press, 1995. 268. Post álláspontjának erőteljes kritikáját lásd Morris Lipson: Autonomy and Democracy. 104 *Yale Law Journal* 2249 (1995).

önkényuralmi eszközt vet be ennek érdekében, és ha figyelmen kívül hagyják azt a demokratikus elvet, hogy a polgárok felelősek a nyilvánosság napirendjének megalkotásáért, és hogy bármikor szabadon meg is változathatják azt.

A falugyűlés fogalma valóban feltételez egyfajta napirendet – kell hogy legyen súlyozás a fontosság tekintetében –, azonban a napirendeket, legyenek azok valódi gyűléseké vagy átvittebb értelmű feladatoké, az állam vagy más külső erők befolyásától független résztvevők deliberatív cselekvésének, azaz közös eszmecseréjének és döntéshozatalának kell létrehoznia. E folyamat történhet organikusabb módon is. A demokratikus társadalmakban a közbeszédet mindig strukturálja bizonyos napirend – ezen a héten az atomenergia terjedése, jövő héten az egészségügy –, azzal együtt, hogy ennek a napirendnek nincs konkrét szerzője.

Természetesen én ambiciózusabb szerepet szánok az államnak mint parlamenternek annál, ahogy azt Kalven és Meiklejohn elképzelte. Legnagyobb részt úgy gondolták, hogy az állam mint parlamenter szerepe kimerül abban, hogy egy egyszerű formulát – amilyen például H. M. Robert parlamenti kézikönyve, a „Robert működési szabályzata" *(Robert's Rules of Order)* – követ, egy olyan előre megszabott ügyrend alapján, amely független a tartalomtól, attól, hogy mi csapódik le a vitából vagy hogy mi hangzik el, és néhány olyan általános szervezőelven alapszik, mint például a történések időbelisége. Igazából maga Kalven volt az, aki az 1970-es évek elején kelt írásaiban a tartalomalapú szabályozás elleni szabályt – amelyet Scalia is megidézett – az Első Alkotmánykiegészítés fundamentumába helyezte.[14] Kétlem, hogy maga Kalven úgy tárgyiasította volna ezt az elvet, mint ahogy azt a Legfelső Bíróság tette azóta, hogy megírta e gondolatokat, ám mindenesetre mára világossá vált, hogy az állam nem korlátozható a „Robert működési szabályzata" című kézikönyvben foglaltakra, ha a „parlamenter" szerepét kívánja betölteni. Egy méltányos „parlamenternek" figyelemmel kell lennie a parlamenti nyomásgyakorlás folyamataira, illetve azoknak a vita teljességére gyakorolt hatására. A visszataszító és utálatos beszéd egyes résztvevőket visszavonulásra kényszeríthet, ami a téma teljes megtárgyalására nézve éppen olyan végzetes lehet, mint a felszólalások rendjét megszegő felszólalás.

Az állam mint parlamenter felfogását vallva, és felvetve, hogy St. Paul keresztégetési rendelete szolgálhatja a közéleti viták erőteljesebbé válását, nem kívánom lekicsinyelni vagy figyelmen kívül hagyni a keresztégetés és hasonló véleménykifejező cselekvések egyes csoportok társadalmi helyzetére gyakorolt hatását. Sőt, még annak lehetőségét is elismerem, hogy ez volt a motiváció a jogalkotási döntés mögött. Ugyanakkor, mint ahogy arra a legnagyobb tiszteletben tartott jogi eseteink tanítanak, az alkotmányos elemzés számára nem az aktuális indíték a fontos,

[14] Lásd általában KALVEN (10. lj.), 3–236.

hanem a lehetséges indoklások.[15] Függetlenül azoktól a meggondolásoktól, amelyek a törvényhozókat szubjektíve motiválták, a törvény csak akkor léphet hatályba, ha objektív módon nyer indokolást – ha legitim célokat szolgál. Bár a szokásos Első Alkotmánykiegészítés doktrína megkívánja, hogy a szabályozás célja kapcsolódjék valamilyen meghatározott sürgős dologhoz (emelt szintű mérce), hogy az eszközök és a célok közti megfeleltetés a szokásosnál is precízebb legyen (a legkevésbé korlátozó lehetőség), a törvény érvényessége mégis attól függ, hogy mi mondható el tárgyilagosan a rendelkezés védelmében.

Nyilvánvaló, hogy a St. Paul-eset elemzésének e módja sajátos tények és összefüggések függvénye. Megítélése azon a döntésen múlik, hogy a szabályozandó szólásnak van-e elhallgattató hatása, továbbá, hogy a közügyek megtárgyalása erőteljesebb lesz-e, ha az állam ezt vagy azt a megoldást választja. E kiindulópontok alapján nem lehet általánosan érvényes döntéseket hozni. Még ha a rendelet a gyűlölködő beszéd egy szűk körére, mondjuk a „keresztégetésre" szorítkozik is, a rendelet bizonyos alkalmazásai alkotmányellenesek lehetnek, ha a szólás olyasvalaki ellen irányul, akit nem hallgattat el, ami megtörténhet, ha a célpont nem egy hátrányos helyzetben lévő csoport tagja. Ekkor a gyűlöletbeszédnek lehet hogy nincs elhallgattató hatása, és St. Paul meglehet, hogy nem tud megfelelő indokolással szolgálni a rendelet alkalmazására nézve azon az alapon, hogy mint parlamenter lép fel. Az elhallgattató hatás nem egyszerűen a szólás tartalmától függ, hanem azok társadalmi helyzetétől is, akik hallják azt.

Ezen oknál fogva meglehet, hogy helyes a Legfelső Bíróság döntése az *R.A.V.*-ben, megerősítve az elkövetőknek az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogát e gyűlölet motiválta cselekedetre, de a Scalia bíró által alkalmazott elmélet és a rendeletet általánosságban elítélni nem az. Míg elismerem, hogy lehetnek olyan körülmények, amikor a gyűlöletbeszédnek nincs ilyen elhallgattató hatása, és így lehetetlen lenne az állam cselekvését a parlamenter tetteként igazolni, a Legfelső Bíróság sosem mérte fel a gyűlöletbeszédnek magán a beszéden mutatkozó következményét, és sosem készített empirikus vizsgálatot, amit egy ilyen elmélet megkíván. Csak a szabadság és az egyenlőség közötti konfliktust látva, kész lévén a szabadság elsőbbségét kinyilvánítani az egyenlőség fölött, a Legfelső Bíróság a részrehajlásra hivatkozva egyszerűen eltörölte a rendeletet. Ebbéli tettében a Legfelső Bíróság nem értette meg, hogy nem egyszerűen a szabadság és az egyenlőség konfliktusával áll szemben, hanem a szabadságon belüli konfliktussal is, és e konfliktusok feloldásához bizonyos mértékű részrehajlás elfogadható, sőt, akár szükséges is lehet.

[15] Lásd például *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641, 653 (1966).

7.

Szabad szólás és az előzetes korlátozás doktrína

Prológus

Az 1980-as évek elején az Egyesült Államok Információs Szolgálata (USIS) azzal bízta meg Burke Marshallt, hogy válogasson össze egy esszégyűjteményt, amely bevezeti a külföldi olvasókat a Legfelső Bíróság munkájába. Engem is meghívott e vállalkozásba, és úgy döntöttem, hogy a Pentagon-iratok esetét dolgozom fel, amelyben a Legfelső Bíróság és az Első Alkotmánykiegészítés egyik legmagasztosabb találkozása történt. Témaválasztásomnak részben köze volt ahhoz, hogy el voltam merülve a Kalven-kézirat gondozásában, amely később Egy csodálatra méltó hagyomány *(A Worthy Tradition) címmel megjelent. Szintén évekkel korábban elemezni kezdtem az előzetes korlátozás doktrínát, amely ezen esetben oly fontos szerepet játszott, egy, a jogorvoslatokról szóló tágabb munka részeként [lásd* The Civil Rights Injunction *(1978)].*

Ez az esszé nem a kötet többi tanulmányában oly központi kérdést – a társadalmi és gazdasági egyenlőtlenségek politikai szabadságjogokra gyakorolt hatását – járja körül. Ugyanakkor azonban fontos bevezetőként szolgál a következő fejezetben tárgyalt kérdés, a szabad sajtó szükségleteinek tárgyalása előtt. Jelen írás egyúttal az első olyan alkalom is, amikor szisztematikusan és kritikailag kellett reflektálnom drága barátom, Harry Kalven munkájára, aki – amikor kollégák voltunk a Chicagói Egyetemen – megjegyzést fűzött a Pentagon-iratok *esethez a* Harvard Law Review 1971. *novemberi számának* Előszavában *(Foreword). Hogy eltávolodjak a Legfelső Bíróság ítéletének Kalven általi forró méltatásától, egy kritikai álláspontot kezdtem megfogalmazni, amely hamarosan a* Szabad szólás és társadalmi struktúra *(jelen kötet 1. fejezete) formáját öltötte. A Marshall-válogatás 1982-ben jelent meg* A Legfelső Bíróság és az emberi jogok *(The Supreme Court and Human Rights) címmel.*

Az 1960-as évek a szólásszabadság legfényesebb pillanatainak egyikét hozta Amerikának. A polgárok lelkesen gyakorolták a kormány bírálásához fűződő jogaikat, és az Earl Warren vezette Legfelső Bíróság védte a tiltakozókat. Az évtized polgári jogi tüntetésekkel kezdődött, ám az 1960-as évek végére a tiltakozás célpontja a vietnami háborúban való amerikai szerepvállalás lett.

A háborúellenes mozgalom marginális csoportok tüntetéseivel kezdődött. Ahogy egyre világosabbá vált, hogy sem a győzelem, sem a béke nincs elérhető közelségben, és hogy az Egyesült Államok fő hadviselő és nem csupán a dél-vietnami kormányt segítő erő, a tiltakozások a társadalom egyre nagyobb csoportjaira kezdtek kiterjedni. Hamarosan a választási politikában is megjelent a feszültség. A háborúellenes mozgalom kétségtelenül hozzájárult ahhoz, hogy Lyndon Johnson elnök 1968-ban úgy döntött, hogy nem indul a versenyben az újraválasztásáért; csakúgy, mint a Johnson által kijelölt utód, Hubert Humphrey vereségéhez, és ahhoz, hogy a háború olyan nyílt ellenzői lehettek elnökjelöltek, mint Robert Kennedy, Eugene McCarthy és George McGovern.

A háborúellenes mozgalom taktikája is változott, a Martin Luther King által bevezetett erőszakmentes polgárjogi tüntetések „konfrontációs politikává" változtak, azaz olyan tömeggyűlésekké, amelyek nemritkán pusztító és erőszakos fordulatot vettek. Egyes összetűzések ezek közül, mint például az 1967-es felvonulás a Pentagonnál vagy a Demokrata Párt chicagói jelölőgyűlése 1968-ban mára már történelmünk jelentős eseményei lettek. A katonai behívásokat is támadták. Háborúellenes aktivisták elégették a katonai behívójukat, ellenállásra szólítottak föl, megtámadták a szövetségi sorozóirodákat *(Selective Service System)*, és gyakran megakadályozták, hogy a fegyveres testületek toborozhassanak az egyetemi kampuszokon. Hadiszállító magánvállalkozások váltak a tiltakozások célpontjaivá, gyakran sértő és szemtelen módon.

E taktikák a politikai tolerancia határait tesztelték. Országunkban a szabad szólás hagyománya sosem volt libertariánus. Minden, az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos esetben a védett és a nem védett szólás közötti határvonal meghúzása a feladat. A Legfelső Bíróság mindig azt kutatta, hogyan lehet a rendfenntartó állami érdekeket lecsillapítani, és ahogy a háborúellenes mozgalom taktikája egyre harciasabb lett, ezen érdek is egyre erősödött. A Warren-testület elkötelezettsége a szabad és nyílt viták iránt egyre nagyobb nyomás alá került.

I.

1971. június 13-án a háborús tiltakozás fordulóponthoz érkezett, és új próba elé állította a szabad szólás hagyományát. A *New York Times*, a legnevesebb és legtekintélyesebb amerikai újság elkezdte közzétenni a Pentagon-iratokat. Az eredetileg „Az Egyesült Államok döntési folyamatának története a vietnami kérdés ügyében" *(History of the United States Decision Making Process on Vietnam Policy)* címet viselő anyag 47 kötet terjedelemben mutatta be az Egyesült Államok szerepvállalását Indokínában. A tanulmányt 1967-ben Robert McNamara akkori hadügyminiszter rendelte meg, és elkészítése több mint egy évet vett igénybe. A szerzők hozzáfértek hivatalos kormányzati anyagokhoz és feljegyzésekhez, beleértve szigorúan titkosított iratokat is. A végeredmény egy (mintegy 3000 oldalas) elbeszélés és a hivatalos iratok (mintegy 4000 oldalas) gyűjteménye lett. A Pentagon-iratokat önmagában szigorúan bizalmasnak minősítették.

Az iratok megjelenése a *New York Times*ban azonnali felzúdulást okozott, és Washington is tüstént válaszolt. Már másnap, június 14-én az Egyesült Államok legfőbb ügyésze az alábbi táviratot küldte a lapnak:

Arthur Ochs Sulzberger
Elnök és Kiadó
New York, New York

A Védelmi Miniszter értesített, hogy a New York Times *által 1971. június 13-án és 14-én közzétett, „Kulcsfontosságú anyagok a Pentagon vietnami tanulmányából" címet viselő szöveg az Egyesült Államok nemzetvédelmével kapcsolatos információkat tartalmaz, amelyek szigorúan bizalmas besorolás alá esnek.*

Az ilyen információk közzétételét az Egyesült Államok Törvénykönyvének 18. cím alatti Törvény a kémkedésről című rendelkezése, 793. szakasz, kifejezetten tiltja.

Ezen kívül, hasonló jellegű információk további közlése jóvátehetetlen károkat fog okozni az Egyesült Államok nemzetvédelmi érdekeinek.

Ennek megfelelően tisztelettel kérem, ne tegyen közzé több ehhez hasonló információt, és biztosítson arról, hogy megfelelő intézkedéseket hozott a dokumentumoknak a Védelmi Minisztérium számára való visszaszolgáltatására.

John N. Mitchell
Legfőbb Ügyész

Hogy mi állt e követelés mögött? Ez máig fogas kérdés, nagyrészt azért, mert a Pentagon-iratok egy történeti jellegű dokumentum volt, ami a második világháborútól 1968-ig terjedő időszak eseményeit tekintette át. A történelem természetesen okozhat kellemetlen pillanatokat egy kormányzat számára, ám nehéz megítélni, hogy *ez* a történet – amely 1968-ban megszakadt, és amely döntően az amerikai katonai akciók elterjedésével foglalkozik a John Kennedy és Lyndon Johnson demokrata elnökök alatti időszakban – hogyan lehet kellemetlen *ennek* a Richard Nixon vezette republikánus kormánynak, amely 1969-ben állt fel. Elképzelhető, hogy az iratok publikálása valahogy befolyásolhatta az éppen folyó béketárgyalásokat; a közzététel erősíthette volna a háborúellenes mozgalmat, és ily módon ösztökélhette volna a Dél-Vietnami Nemzeti Felszabadítási Frontot *(Viet Cong)* vagy Észak-Vietnamot, hogy hajthatatlanok legyenek. Vagy talán a dokumentumok között voltak olyanok, amelyek bár 1968-nál korábbról származtak, mégis tartalmazhattak érzékeny információt a későbbi katonai helyzettel vagy a technológiával kapcsolatban. Ám e magyarázatok ma túlzásnak tűnnek, és 1968-ban is annak tűntek. Mint azt Brennan legfelső bírósági bíró mondta a nem sokkal később indult eljárás során, a legfőbb ügyész a bírói eljárás teljes időtartama alatt egyetlen konkrétumot sem említett, amellyel illusztrálta volna, hogy az iratok közzététele milyen módon veszélyeztethette „az Egyesült Államok nemzetvédelmi érdekeit". „A kormány érvelésében az ütőkártya ezen ügyek teljes ideje alatt – mondta Brennan bíró – az volt, hogy az iratok publikálása különféle módokon »csorbíthatja« vagy »csorbíthatná« a nemzet érdekeit."[1]

Gyanítom, hogy a legfőbb ügyész kevéssé e tanulmány közzététele miatt, ám sokkal inkább a *hatalom szerkezetét* ért kihívás miatt aggódott. Mitchell az iratok közzétételében mindenekelőtt a titkosítási rendszer sérthetetlenségével és a kormánynak e rendszer védelmére való képességével szembeni fenyegetést látott. Ez az oka annak, hogy aggodalma nem korlátozódott a *New York Times*ra, hanem Daniel Ellsbergre, a RAND kutatóintézet alkalmazottjára is kiterjedt, aki az iratokkal dolgozott, és aki megszegve a titkosítási szabályokat, eljuttatta azokat a *New York Times*hoz. A kormány számára az, hogy Ellsberg eljuttatta az iratokat a laphoz, és hogy a *Times* a megjelentetésük mellett döntött, kevésbé az indokínai

[1] *New York Times Co. v. Unites States,* 403 U.S. 713, 725 (1971). Lásd általában John Cary SIMS: Triangulating the Boundaries of Pentagon Papers. 2 *William & Mary Bill of Rights Journal* 341 (1993).

háborút fenyegette, mint inkább a végrehajtó hatalomnak a képességét arra nézve, hogy a nemzetbiztonsággal kapcsolatos ügyeit titokban tartsa.

A *New York Times* természetesen másképp látta a dolgot, és megtagadta, hogy teljesítse a legfőbb ügyész követelését a közzététel felfüggesztését illetően. A lap nyilvános közleményében leszögezte, hogy „az ország népének érdeke, hogy megismerje a cikksorozat tartalmát". A *New York Times* így nyilatkozva jelezte, hogy vállalja annak kockázatát, hogy a kémkedési törvény alapján vád alá helyezik, ahogy azzal táviratban fenyegetőztek. A *New York Times* állt a megpróbáltatások elébe. Azonban a legfőbb ügyész fenyegetésére, hogy az iratok kiadását felfüggesztő végzést kér – amely konkrétabb formát is öltött a táviratot követően –, válaszképp szelídebben fogalmaztak, tartva a távirat azon mondatától, amely „helyrehozhatatlan károkról" beszél. A *New York Times* kijelentette, hogy megtámadja a bíróságon a felfüggesztő határozatot, ám mindenesetre „engedelmeskedik a bíróság végső döntésének". Más szóval, a *New York Times* felkészült arra, hogy a kémkedési törvény alapján perbe fogják, de a bíróság megsértését *(contempt)* nem akarta megkockázatni, ami megtörtént volna, ha a felfüggesztő határozat ellenére folytatják az anyag publikálását.

E felemás választ és a harmadik rész megjelenését követően a legfőbb ügyész beváltotta fenyegetését, miszerint felfüggesztő végzést kér a lap ellen, és a New York-i szövetségi bíróságon megtette ehhez a megfelelő lépéseket. A peres bíróságon sikerrel járt, és a *New York Times,* bár fellebbezett a Szövetségi Fellebbviteli Bírósághoz *(Second Circuit),* felfüggesztette a sorozat megjelentetését. Úgy tűnt, hogy a kormány az első csatát megnyerte, ám igen hamar úgy tűnt, hogy a felfüggesztő határozatnak vajmi kevés jelentősége van. A kongresszus egyes tagjai hozzájutottak az iratok példányaihoz, és Mike Gravel szenátor nekilátott az iratok felolvasásának, hogy azokat rögzítse a törvényhozás jegyzőkönyve, a *Congressional Record.* A *Washington Post* szintén szerzett egy példányt az iratokból, és nekilátott azok közzétételének. A legfőbb ügyész perbe fogta a lapot a washingtoni szövetségi bíróságon. Azonban ellentétben a New York-i döntéssel, a washingtoni bíróság nem adott ki felfüggesztési végzést a *Washington Post* publikációival szemben. E döntést megerősítette District of Columbia Fellebbviteli Bírósága, míg a Szövetségi Fellebbviteli Bíróság a felfüggesztő végzést erősítette meg.

E különös helyzet két beadványt eredményezett a Legfelső Bíróságra. A legfőbb ügyész a washingtoni ítélet felülvizsgálatáért, a *New York Times* a New York-i döntés felülvizsgálatáért nyújtott be keresetet. A Legfelső Bíróság nem térhetett ki a feladat elől, és az idő is sürgetett. A *New York Times* érvelése szerint fontos az olvasói számára, hogy mielőbb hozzáférjenek az iratok tartalmához, ezért kérte a folytatás engedélyezését. A legfőbb ügyész is érdekelt volt a gyors döntésben, mivel ahogy teltek a napok, egyre nagyobb volt annak a veszélye, hogy követelése, legalábbis ami a Pentagon-iratokat illeti, már csak formális lesz: nem marad titok, amit meg lehetne védeni. Még azután is, hogy a beadványok megérkeztek a Legfelső Bíróságra, az iratok országszerte különféle lapokban kezdtek felbukkanni:

először a *Boston Globe*-ban, aztán a *St. Louis Post-Dispatch*ben, majd a *Los Angeles Times*ban. A Legfelső Bíróság szintén érdekelt volt a gyors ügyintézésben: éppen nyári szabadságára készült visszavonulni.

Mindezt a nyomást érzékelve a Legfelső Bíróság meggyorsította az ügymenetet. Felfüggesztő utasítást küldött a New York-i és a washingtoni bíróságokra, hogy a *status quo* ne változzon a két ügyben; minden féltől rövid határidővel kérte a beadványokat, még szombati napon is tartott szóbeli meghallgatásokat, mely körülmények csak növelték a közérdeklődést az ügy iránt. 1971. június 30-án, alig több mint két héttel az után, hogy az iratok először megjelentek a *New York Times*ban és hogy a legfőbb ügyész perbe fogta a lapot, a Legfelső Bíróság kihirdette az ítéletét és visszautasította a legfőbb ügyész keresetét. A szabad szólás győzött, de a lehető legkülönösebb módon.

Egyfelől a bíróság sokféle hangon szólalt meg. A kilenc bíró kilenc eltérő véleményt fogalmazott meg, és bár egyesek közülük csatlakoztak később valamelyik társuk véleményéhez, véleményeik több csoportba oszlottak. A bírák közül hárman – Burger, Harlan és Blackmun – engedélyezték volna a legfőbb ügyész számára a felfüggesztő végzést, azaz ők különvéleményt fogalmaztak meg. A többi hat bíró – akik együtt a többséget képviselték – között nem volt egyetértés, hogy mi legyen a felfüggesztő végzés megtagadásának indoka. Marshall bíró a hatalmi ágak szétválasztását idézte meg. Először, mint leszögezte, a végrehajtó hatalomnak a kongresszus által megszabott büntetőjogi eszközök használatára kellene korlátoznia működését; másodszor, a bíróságok nem „alkothatnak törvényt" szabadon, ami megtörténne, ha egy olyan felfüggesztő végzést bocsátanának ki, amelynek nincs törvényi alapja. A többi öt bíró szintén a végzés ellen szavazott, de ők a szólásszabadság alapján elemezték az esetet. Ugyanakkor ők is megosztottak voltak bizonyos kérdésekben. Black és Douglas bíró libertariánus álláspontot foglalt el: a szabad szólás abszolút, amely nem visel el semmilyen állami cenzúrát, legyen annak formája egy felfüggesztő végzés vagy más, és legyen bár annak indoka a nemzetbiztonság vagy kevésbé emelkedett cél. A másik három bíró, akik az ügyet a szabad szólás fogalmai szerint vizsgálták – Brennan, Stewart és White bírók – a felfüggesztő végzést, a cenzúra intézményét vették szemügyre. A végzést az előzetes korlátozás egy formájaként értelmezték, és az Első Alkotmánykiegészítést az előzetes korlátozást különösen tiltó rendelkezésként értették.

Brennan bíró fogalmazta meg legtisztábban, hogy milyen nagy teher hárul az államra, ha indokot akar szolgáltatni az előzetes korlátozás elrendeléséhez: „Ilyen módon csak akkor adható ki egy ideiglenes korlátozó rendelkezés, ha az állam igazolásképp bizonyítani tudja, hogy állításának megfelelően a kiadvány nyilvánvaló, közvetlen és azonnali módon okoz olyan eseményt, amelynek következményei rokoníthatóak egy már tengeren lévő rakomány veszélyeztetésével."[2]

[2] 403 U.S. at 726–27.

Stewart bíró hasonlóan állította, hogy az előzetes korlátozás akkor tolerálható, ha a korlátozandó kifejezés eredményeként „közvetlen, azonnali és jóvátehetetlen kárt szenvedne az ország vagy annak népe."[3] Azt is felvezette, hogy egy enyhébb mérce alkalmazható lenne úgynevezett későbbi korlátozásra – a leginkább baljóslatú ezek közül a kémkedésért való vádemelés, amivel a legfőbb ügyész fenyegetett. White bíró, a harmadik azok közül, akik az előzetes korlátozás elvére hivatkoztak véleményükben, meglehetősen egyértelműen fogalmazott ebben a kérdésben: „Az előzetes korlátozás szokatlanul nagy súlyú érveket kíván meg az Első Alkotmánykiegészítésben foglaltak szerint; azonban ha az állam nem tudja megindokolni az előzetes korlátozást, az még nem csorbítja alkotmányos jogosultságát arra, hogy bűncselekményt megvalósító publikáció miatt járjon el. Az, hogy a kormány hibásan előzetes korlátozást kívánt foganatosítani, nem jelenti, hogy más módon ne járhatna el sikeresen."[4] Ő ugyanakkor, ellentétben Brennannel és Stewarttal, meglepő módon hallgatott arról, hogy milyen szigorú mércét kívánna meg az előzetes korlátozás.

Hogy a dolgok csak bonyolódjanak, a Legfelső Bíróság közzétett egy tizedik, „Per Curiam" véleményt is. E cím alatt általában jelentéktelen vélemények vagy utasítások jelennek meg, amelyekben nincs véleménykülönbség a bírák között, és amikor az eldöntendő kérdés annyira triviális, hogy nem igényel terjedelmesebb indoklást. Ebben az esetben a Per Curiam ítélet teljesen más célt szolgált. Az volt a feladata, hogy egy közös pontot, egy fogódzót találjon, amiből kiindulva a Legfelső Bíróság döntése – a felfüggesztő végzés érvénytelenítése – levezethető.

A bírák véleményeinek közös nevezőre hozásában a Per Curiam vélemény meglepően hézagos volt. Mindössze annyit tett, hogy leírta a bíróság előtt levő esetek procedurális jellemzőit, kihirdetette az eredményt (a felfüggesztő végzés érvénytelenítése), és igazolta a döntést néhány korábbi ügyet idézve. Az idézetek az alábbi szillogizmust alkották: (1) a felfüggesztő végzés előzetes korlátozás; (2) az előzetes korlátozások rendkívül szoros indokolást igényelnek; (3) a legfőbb ügyész elmulasztott efféle szoros indokolással szolgálni; (4) ennél fogva a Pentagon-iratokkal szemben érvényesített felfüggesztő végzés érvénytelen.

Ez a logikai levezetés nagy vonalakban Brennan, Stewart és White bírák álláspontját tartalmazta. Black és Douglas, a libertariánusok, a negyedik következtetéssel értettek egyet. Úgy vélték, hogy az első három pontban foglaltak a minimálisan szükséges normát jelentik (Douglas ezt explicit módon megfogalmazta véleményében, amihez Black csatlakozott); álláspontjuk értelmében ugyanezt a mércét alkalmaznák későbbi korlátozásokra is. Még az is feltételezhető, hogy a különvéleményt megfogalmazó hármak – Burger, Harlan és Blackmun – is egyetértettek az első két ponttal, amelyek elismerik az előzetes korlátozás elvét. E kiin-

[3] 403 U.S. at 730.
[4] 403 U.S. at 733.

dulópontokat megfelelő precedensek támogatták, régebbiek, újabbak egyaránt, és néhány évre rá Burger, a Legfelső Bíróság elnöke, a különvéleményt megfogalmazók egyike így írt a *Pentagon-iratok*ról: „A Legfelső Bíróság minden tagja hallgatólagosan vagy explicit módon ... vélhetőleg alkotmányellenesnek tartotta az előzetes korlátozást."[5] Ezt is figyelembe véve a különvéleményen lévő bírák csak a harmadik kiindulópontot ellenezték, amely az előzetes korlátozás elvét a szóban forgó esetre alkalmazta.

[5] *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations,* 413 U.S. 376, 396 (1973) – különvélemény. A *Pentagon-iratok* esetben a gyors döntéshozatal érdekében a bírák egyenként írták meg véleményüket, ez esetben mellőzve a vélemények szokásos köröztetését és megbeszélését. A hagyományos eljárás gyakorta kihozza a közös elemeket, és élesíti a véleményekben megjelenő ellentéteket.

II.

A sajtó és a tudományos közösség lelkesen üdvözölte a Legfelső Bíróság ítéletét. A *New York Times*ban egy másnapi szerkesztőségi cikk „történelminek" nevezte a bírósági döntést, mint „a szabadság világraszóló győzelmét a jog területén"; a lap kijelentette, hogy a „az ország legfelső bírói hatalma szilárdan megerősítette a nép tájékozódáshoz való jogát." Ez természetesen túlzás. Ami magukat a Pentagon-iratokat illeti, a Legfelső Bíróság ítélete nem sokat számított – mire a bíróság döntést hozott, addigra a tanulmány már széles körben ismert volt, mely tény White bíró indokolásában szerepel is. Az iratok közzététele megakadályozásának konkrét kérdésén túl az ügy lehetőséget nyújtott a Legfelső Bíróságnak az Első Alkotmány-kiegészítéssel kapcsolatos kérdések rendezésére, és arra, hogy meghúzzák a választóvonalat a szabad szólás és a nemzetbiztonság érdekében történő titkosítás között: ezen a szinten a Legfelső Bíróság gyakorlatilag nem alkotott lényegeset.

A Legfelső Bíróság már jóval a Pentagon-iratokkal kapcsolatos döntést megelőzően rendelkezett a végrehajtó hatalomnak az Alkotmány alá rendeléséről; azt ebben az ügyben sem vonták kétségbe. Igazából a legfőbb ügyész kimondatlanul tiszteletben tartotta ezt az elvet, amikor a bíróságokhoz fordult, hogy azok léptessék életbe a cenzúraintézkedést (a felfüggesztő végzést). A Pentagon-iratok esete pusztán illusztrálta a bírói hatalom fensőbbségét.

Hasonlóképp, az előzetes korlátozás doktrínájának a Legfelső Bíróság által megvalósított elemzése és értékelése nem bizonyult alkotmányjogi értelemben úttörőnek. A Legfelső Bíróság éppen csak hetekkel korábban idézte meg e doktrínát, hogy érvénytelenítsen egy *blockbustinggal* (a fehér ingatlantulajdonosokat kisebbségek beköltözésével riogató és tőlük így ingatlanjukat áron alul megszerző praktikával) vádolt ingatlanügynökség elleni demonstrációt – szórólapozást és tiltakozó menet tartását – felfüggesztő végzést.[6] A Pentagon-iratok esete legfeljebb megerősítette az előzetes korlátozással kapcsolatos doktrínát egy, a korábbiaktól eltérő kontextusban, és rendkívül látványos módon. *Ez* lenne az ünneplés oka?

[6] *Org. for a Better Austin v. Keefe,* 402 U.S. 415 (1971).

Harry Kalven, a korszak neves Első Alkotmánykiegészítés-kutatója mindenképp így gondolta. A *Harvard Law Review* 1971-es Előszavában meleg szavakkal méltatta a Legfelső Bíróság ítéletét és általában az előzetes korlátozással kapcsolatos doktrínát. Így fogalmazott: „Ahogyan a Legfelső Bíróság határozott a *New York Times*szal kapcsolatos ügyben, az nem mást jelent, mint hogy bármi, vagy lényegében bármi jogosult legalább egyszeri publikálásra." Ez a nézet természetesen cáfolható az értéktételezés alapján, miszerint legalábbis „lényegében bármi" – beleértve a „titkos", „szupertitkos" besorolás alá eső dokumentumokat – jogosult arra, hogy „legalább egyszer" közzé tegyék. Egy bizalmas besorolás alá eső dokumentum egyszeri közzététele az, ami itt számít; a libertariánus érvelésen kívül – amelyet a Legfelső Bíróság és Kalven maga is elvetett – senki sem támogatná az állami titkosítási rendszer viharos eltörlését. De ha ezt a kérdést félre is tesszük, Kalven professzor értékelése az eset fontosságával kapcsolatban egy inkább technikai, mintsem normatív alapon is cáfolható: az előzetes korlátozással kapcsolatos doktrína kevésbé megfelelő védelmet szavatol, mint ahogy azt Kalven ígéri. Egyszerűen szólva nem következik belőle, hogy „lényegében bármi" „legalább egyszer" közzétehető lenne.

Az előzetes korlátozás doktrína alapvetően egy összehasonlításon alapuló eljárás. Azt mondja, hogy az előzetes korlátozást szigorúbban kell megítélni, mint az utólagos korlátozásokat, de azt nem mondja meg, hogy mennyivel kell a mércének magasabbnak lennie. A Legfelső Bíróság egyes tagjai, nevezetesen Stewart és Brennan bírák azt latolgatták, hogy az előzetes korlátozáshoz kötődő mércének egy abszolút skálán valóban magasabbnak kellene lennie – hasonlóan ahhoz a libertárius közeli állásponthoz, amelyet Black és Douglas bírák képviseltek a publikációk bármely korlátozásával kapcsolatban, legyen az előzetes vagy utólagos. Stewart és Brennan elrendelték volna a végzést az olyan szólással szemben, amely „közvetlen", „azonnali" és „jóvátehetetlen" kárral fenyeget, mint például egy tengeri hadmozdulat veszélyeztetése (a *Near v. Minnesota*[7] ismert példáját idézve). Valóban, ez a mérce „lényegében bármit" megvéd az előzetes korlátozástól. Azonban ezt a mércét nem foglalták bele a Per Curiam véleménybe, a Legfelső Bíróság ítéletébe – ahogy semmilyen más mércét sem, ami azt illeti. E hézagos Per Curiam döntés csak összehasonlításban mond bármit is.

Az előzetes korlátozás doktrína képlékenységét jól mutatja, hogy Burger legfelső bírósági elnök, aki a *Pentagon-iratok* esetben különvéleményt fogalmazott meg, később úgy fogalmazott, hogy az összes bíró támogatta az előzetes korlátozás doktrínát, és hogy a doktrína alapján bármilyen előzetes korlátozást „vélhetőleg alkotmányellenesnek" ítélt volna. Hogy e vélekedés milyen súlyú, vagy hogy

[7] 283 U.S. 697, 716 (1931).

azt mi tudná megdönteni, arra Burger nem tért ki. Ám önkéntelenül is hagyott két utalást, ami árulkodik gondolkodásáról. Először is, a legfelső bírósági elnök egyike volt azon három bírónak, akik a Pentagon-iratok perében úgy szavaztak, hogy engedélyezik a legfőbb ügyésznek a felfüggesztő végzés kibocsátását. Ha ilyen eredményre vezethetett, meglehetősen gyengének tekinthető ebben az esetben az előzetes korlátozás doktrína érvénye. A második motívum, ami alapján feltételezhetjük, hogy mi járhatott a fejében, az a *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*[8] esetből következtethető – egy újabb, a legfelső bírósági elnök nevéhez fűződő döntésből.

A *Nebraska Press* esetben Nebraska állam bírója kiadott egy felfüggesztő végzést egy hattagú család meggyilkolásával vádolt férfi vallomásának újságbéli megjelentetésével szemben, mely vallomás nyilvános bírósági tárgyaláson hangzott el. A peres bíróság attól tartott, hogy az ügy széles körű, előítéletes sajtómegjelenései veszélyeztethetik a gyanúsítottnak a Hatodik Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogát a méltányos peres eljáráshoz, mivel lehetetlen lenne összegyűjteni egy pártatlan esküdtszéket. Burger legfelső bírósági elnök a testület többségi véleményét megfogalmazva helyeselte az előzetes korlátozás elvét és a *Pentagon-iratok* eset örökségét, holott a gyengébb, „nyilvánvaló és közvetlen veszély" mércét alkalmazta az előzetes korlátozás megítélésének mércéjeként. Ezen mérce szerint az a kérdés, hogy „a »gonosz« súlya, valószínűségének megfelelő mértékűre csökkentve, igazolja-e a szólásszabadságba való beavatkozást azzal az indokkal, hogy megelőzzük e veszélyt."[9] A *Nebraska Press* esetben a legfelső bírósági elnök fenntartotta, hogy az elhallgattató végzés nem teljesítette az előzetes korlátozáshoz szükséges követelményeket, mivel az alacsonyabb szintű bíróság következtetése a közzéteendő esetnek az esküdtekre gyakorolt hatásával kapcsolatban „spekulatív" volt.[10] Ám tekintve az úgynevezett „gonosz" súlyát, melyet nemzetbiztonsági ügyek kapcsán folyton emlegetünk, a mérce, mely alapján a valószínűtlenség kiigazítja a súlyt, jóval nagyobb hatalmat ad a cenzor kezébe. Valójában a gyengített „nyilvánvaló és közvetlen veszély" mérce a leghírhedtebb, és egyben a legkevésbé védelmező jellegű az Első Alkotmánykiegészítés történetében, még az utólagos korlátozások területén is. Elég, ha arra utalunk, hogy ennek alkalmazása révén volt lehetséges a McCarthy-korszakban elítélni a kommunista vezetőket. Tulajdonképpen az, hogy Burger legfelső bírósági elnök megidézte a tesztet, az vezette Brennan és Stewart bírókat arra, hogy határozottan elkülönüljenek a legfelső bíró-

[8] 427 U.S. 539 (1976).
[9] A teszt innen származik: *United States v. Dennis,* 1983 F.2d 201, 212 (2d Cir. 1950) megerősíti 341 U.S. 494 (1951). Idézi és alkalmazza: *Nebraska Press,* 427 U.S. at 562.
[10] 427 U.S. 539 (1976).

sági elnöknek a *Nebraska Press* ügyben alkotott véleményétől, annak ellenére, hogy a végeredményben egyetértettek.[11]

Míg az igaz, hogy Burger legfelső bírósági elnök egyike volt azokak, akik különvéleményt fogalmaztak meg a *Pentagon-iratok* esetben, pusztán ezen az alapon nem utasítható el könnyedén a *Nebraska Press* eset ítéletéhez fűzött megjegyzése. White bíró, azon ötök egyike, akik a Per Curiam véleményt fűzték a *Pentagon-iratok*hoz, csatlakozott a legfelső bírósági elnök véleményéhez a *Nebraska Press* esetben, jóllehet nem minden tétovázás nélkül tette ezt – szükségesnek tartott rövid magyarázatot fűzni döntéséhez. A *Pentagon-iratok* esetben White bíró explicit módon megfogalmazta, hogy az előzetes korlátozást magasabb mércéhez kell kötni, mint az utólagos korlátozást, és hogy az adott esetben a magasabb mércében foglaltak nem teljesültek. Azonban azzal kapcsolatban nem foglalt állást, hogy milyen szigorú legyen az előzetes korlátozás mércéje. Azzal, hogy Burger legfelső bírósági elnök véleményéhez csatlakozott a *Nebraska Press* esetben, meg is válaszolta a kérdést: nem túl magas.[12]

Kalven professzor értékelése a *Pentagon-iratok* esetével kapcsolatban azon az alapon hibás, hogy helytelenül tételezi az abszolúthoz közeli mérce meglétét az előzetes korlátozások esetében. E feltételezést nem támogatja a Legfelső Bíróság – Per Curiam – véleménye, és igazság szerint a későbbi ügyek is ellentmondtak annak, különösen a *Nebraska Press* eset. Kalven professzor szintén elmulasztotta megkérdőjelezni az előzetes korlátozásnak a Legfelső Bíróság által alkotott, merőben formalizált definícióját. A Legfelső Bíróság belefoglalta a felfüggesztő végzést, de kizárta a bűnvádi eljárást, ezáltal megengedve, hogy az utóbbit utólagos korlátozásként alkalmazzák, és ezáltal alacsonyabb mérce vonatkozzon rá. Így cse-

[11] Mind a *Nebraska Press* eredménye, mind az elemzés módszere – gyakorlatilag erős előfeltételezést teremteni az elhallgattató végzésekkel szemben – megkérdőjelezi a szóbeli formula lazaságát, a gyengített „nyilvánvaló és közvetlen veszély” mércének az előzetes korlátozás tesztjeként való használatát. Másrészt viszont Brennan és Stewart bírák félelme megalapozatlan: (a) egy szóbeli formula gyakran önálló életre kel, függetlenül attól, hogy egy bizonyos eset tényeire alkalmazták őket. (b) A bírák tarthattak tőle, hogy a szóbeli formula valószínűleg nem hoz rokon szellemű eredményeket a nemzetbiztonság területén, ahol a „gonosz” oly „mélységes”, és az alternatív szabályozó eszközök megléte nem olyan nyilvánvaló, mint egy per esetében. (c) A szóbeli formulát Brennan és Stewart bírák olyannak tekinthették, mint amelynek zavaró hatása lesz az utólagos korlátozás mércéjére nézve. Ha a gyengített „nyilvánvaló és közvetlen veszély” mérce az előzetes korlátozás mércéje, és ennek kell a magasabb mércének lennie, akkor csak feltételezhetjük – vagy inkább félhetünk attól –, hogy mi lehet az utólagos korlátozás mércéje: lehetséges, hogy az első világháború racionalitás-mércéje lesz az, amely a cenzúrát igazoltnak tekintette, amennyiben a büntetőjogi jogszabály valahogyan kapcsolódik a legitim államérdek érzékelt fenyegetettségével?

[12] Gyanúm szerint White bírónak e kérdésben tanúsított habozása felelős a Per Curiam véleményben mutatkozó hézagért, ami az előzetes korlátozás mércéjének szigorúságát illeti: az ő szavazata (az ötödik) kellett ahhoz, hogy a Per Curiam többségi vélemény legyen.

lekedvén, a Legfelső Bíróság figyelmen kívül hagyta a felfüggesztő végzések és a büntető jogszabályok közti strukturális hasonlóságot.[13]

Hogy a strukturális hasonlóságot meglássuk, meg kell különböztetnünk egymástól a felfüggesztő végzés kiadásához vezető folyamat két fázisát: a végzés kiadását és a végrehajtást. A kiadási fázisban a végzés a büntető jogszabályra hasonlít: megállapít bizonyos magatartási követelményeket, és büntetéssel fenyegeti azt, aki nem tartja be őket. Az elrettentés révén szabályoz. A felfüggesztő végzést gyakran az előzetes korlátozások közé sorolják, mivel a publikációt megelőzően adják ki azt. Ez csupán annyit jelent, hogy a felfüggesztési végzés még az elkerülendő esemény – itt a nyilvánosságra hozatal – megvalósulása előtt szabályoz: elrettent. Ez azonban éppúgy érvényes a büntető jogszabályra is. Korlátoz még a publikálás előtt; elrettent a későbbi cselekvéstől. A bűnvádi eljárás az esemény, a publikálás megtörténte után zajlik, azonban a bűnvádi folyamat ezen részét a felfüggesztési végzés folyamata végrehajtási fázisához kell hasonlítani – a bíróság megsértésével kapcsolatos eljáráshoz. Mindkét esetben büntetésben részesülnek, akik megsértik a magatartás elvárt szabályát. A bíróság megsértésének szankcionálása és a bűnvádi eljárás retrospektív cselekvések; a felfüggesztő végzés és a büntető jogszabály pedig megelőzők.

A *Pentagon-iratok* esetben a Legfelső Bíróság felfüggesztő végzéssel nézett szembe, nem pedig büntető törvénnyel. Ám azáltal, hogy úgy döntött, hogy az előzetes korlátozás doktrínáját alkalmazza – kettős mércét léptetve ezáltal életbe, amely nagyobb elvárást fogalmaz meg az előzetes, mint az utólagos korlátozással szemben –, és emellett elfogadja az előzetes korlátozás – felfüggesztő végzés és nem büntető jogszabály formáját öltő – formalizált definícióját, a Legfelső Bíróság a büntető jogszabályt tehermentesítette. Érvényben hagyta a kémkedési törvényt *(Espionage Act)*, annak teljes, a hozzáférésre és közreadásra gyakorolt elrettentő erejével. Az állam titkosítási rendszerét így védte meg egy, a felfüggesztő végzéssel azonos erővel bíró jogi eszköz. Kalven lelkesedése ellenére a *Pentagon-iratok* ügye nem alapozta meg a helyzetet, amikor „lényegében bármi” jogosult arra, hogy „legalább egyszer” közzétegyék. Az igaz, hogy egyszer minden publikálható – de csak akkor, ha a kiadó kész szembenézni a rá váró vádemeléssel –; mint ahogy ugyanez volna a helyzet akkor is, ha felfüggesztő végzést adnának ki.

Természetesen vannak különbségek a felfüggesztő végzés és a büntető jogszabály között, még ha megelőző eszközként tekintünk is mindkettőre. A felfüggesztő végzés például valószínűleg konkrétabban fogalmazza meg, hogy mi is a tiltott

[13] A felfüggesztő végzés és a büntető jogszabály közötti strukturális hasonlóság kérdését nagyobb mélységben tárgyalom könyvemben: Owen M. Fiss: *The Civil Rights Injunction.* Indiana University Press, 1978. Egy hasonló megközelítés: Steven R. Barnett: The Puzzle of Prior Restraint. 29 *Stanford Law Review* 539 (1977).

cselekvés, és kikre is vonatkozik a tilalom; ha egy felfüggesztő végzést megsértenek, a bírónak hatalmában áll a bíróság megsértése *(contempt)* miatt bűnvádi eljárást kezdeményezni; a bíróság megsértése esetén nincs esküdtszék, ha a büntetés csekélyebb (például hathavi szabadságvesztésnél kevesebb); és a felfüggesztő végzéssel szembeni védekezés eszközei korlátozottabbak. E különbségek alapján Kalven professzor a felfüggesztő végzést a cenzúra erőteljesebb és veszélyesebb eszközének tartotta, mint a jogszabályt, és úgy következtetett, hogy emiatt a felfüggesztő végzésre nézve az Első Alkotmánykiegészítés szigorúbb mércéje kellene hogy érvényesüljön. Én szkeptikusabb vagyok.[14]

Először is meglehet, hogy a felfüggesztő végzés és a büntető jogszabály között feltételezett különbséget a tények nem igazolják. Jóllehet, a felfüggesztő végzések gyakran rendelkeznek olyan sajátos konkrét elemekkel, amelyek ritkán sajátjai a büntető jogszabályoknak, ebben az esetben a legfőbb ügyész táviratában szereplő nagyon explicit és konkrét fenyegetések révén a kémkedési törvény konkrétnak tekinthető. A hasonló ügyekben az ügyészi fenyegetések nem számítanak szokatlannak. Másodszor, a felfüggesztő végzés egyes jellegzetességei, amelyek állítólag megkülönböztetik azt a büntető jogszabálytól, nagyon is támogathatják az Első Alkotmánykiegészítés értékeit, így az nem csak valószínűleg, hanem vélhetően ténylegesen a legmegfelelőbb szankció. Az intézkedés specifikus volta például csökkenti vagy ki is küszöböli a dermesztő hatást, melyet a homályos vagy túl tágan értelmezhető jogszabályok kiváltanak. Az a tény, hogy az „ügyészségi jogkör" a bíróság megsértésének bűncselekménye kapcsán inkább a bíró kezében van, mint egy politikai közhivatalnok, a legfőbb ügyész kezében, szintén a szólás védelmének újabb rétegét jelenti. A legfőbb ügyész valószínűleg érzékenyebb lesz a politikai többség felől érkező nyomással vagy az általa szolgált adminisztráció politikai szükségleteivel kapcsolatban – amely nyomásokkal szemben az Első Alkotmánykiegészítésnek védelmet kell nyújtania. Harmadszor, a felfüggesztő végzés mint elrettenő eszköz úgynevezett erősségeinek egyikét-másikát más faktorok ellensúlyozzák. A felfüggesztő végzés specifikus volta és az esküdtszék hiánya például növelheti annak esélyét, hogy a büntetést a felfüggesztő végzés megsértése miatt szabják ki, szemben a jogszabály megsértése miatt kiszabott büntetéssel; másrészt viszont a felfüggesztő végzés megsértésének előre látható bírsága általában csekély, különösen, ha egy büntető jogszabály megsértése esetén kiszabott tétellel hasonlítjuk össze, amely lehet 10 000 dollár büntetés és tíz év börtön. Egy jogi eszköz elrettentő hatása a várható büntetéssel kapcsolatos bizonyosságban és a büntetés mértékében *együttesen* keresendő.

[14] A felfüggesztő végzések és a büntető jogszabályok közti ezen és további különbségek, továbbá ezek relevanciája az előzetes korlátozás doktrínája tekintetében nagyobb mélységű tárgyalást kap, lásd Fiss i. m. (13. lj.) 69–74.

Igaz, hogy ez esetben a *New York Times* hajlandó volt kockáztatni a kémkedési törvény szabta bűnvádi eljárás esélyét, de nem kockáztatta meg a felfüggesztő végzés figyelmen kívül hagyását. Emlékezzünk csak a lap kétarcú válaszára, amit John Mitchell távirata nyomán küldtek. Azonban a *New York Times* válaszának valószínűleg kevés köze volt a felfüggesztő végzés és a kémkedési törvény elrettentő erejéhez. A lap válasza sokkal inkább a saját kettős intézményi jellege – egyszerre a szabad szólás bajnoka és felelősségtudó vállalati polgár – kifejeződésének volt tekinthető, mely szerepben hajlandó volt ujjat húzni a politikai hatalmi ággal, de a bíróival nem. Ugyanakkor nem valószínű, hogy hasonlóan megosztottnak éreznék magukat mindazok, akik készek elkötelezni magukat a kormányzati politika radikális bírálata mellett. A *New York Times* a későbbiekben nem adott kielégítő magyarázatot e kettős döntésére. Az igazság szerint a lap általános jogtanácsosa egy tájékoztatót adott ki még ugyanazon év őszén, melyben elismerte, hogy hiba volt megígérni, hogy betartják a felfüggesztő végzést.[15] A későbbiekben a New York Times fenntartotta magának azt a jogot, hogy eldöntse, engedelmeskedik-e valamely cikkével szemben kiadott felfüggesztő végzésnek.

Kalven professzor egy végső kísérletében, melyben megpróbálta azonosítani a *Pentagon-irat*ok ügyének eredményeit, úgy vélekedett, hogy a *New York Times* megosztott válasza – legyen annak bármi is az oka – ebben a konkrét esetben vonzóvá tehette a felfüggesztő végzés doktrínáját mint eszközt, „a polgári engedetlenségi mozgalom esélyének" megőrzésére. A lap a kémkedési törvényt kész volt az emberek tájékozódáshoz való jogának nevében megszegni, de a felfüggesztő végzést nem. Azonban nyilvánvaló, hogy mire a Legfelső Bíróság meghozta ítéletét, a polgári engedetlenségi pillanat már elillant. Daniel Ellsberg már hozzájutott a tanulmányhoz és eljuttatta a *New York Times*hoz. A lap felkészülhetett, hogy engedelmeskedjen az eljárás végső döntésének és az ügy lezárultáig visszatartsa a további részeket, azonban mások nem így voltak ezzel. Az iratok egyre szélesebb körben terjedtek el, ahogy az ügy haladt előre a bírósági folyamatokon. Mire a Legfelső Bíróság végre megszólalt, már az anyag egésze nyilvános volt. A Legfelső Bíróság előtt lévő ügy nem arról szólt, hogy meg kell-e védeni azt a lehetőséget, hogy akár Ellsberg, akár a *New York Times* polgári engedetlenségi akciót kezdeményezhessen; az a lehetőség már rég tovaszállt. Az igazi kérdés általánosságban a *hatalom szerkezetéről* szólt, az államtitkok sérthetetlenségéről; és a Legfelső Bíróság e szerkezetet érintetlenül hagyta.

A Legfelső Bíróság döntését követő hónapokban a legfőbb ügyész beváltotta a kémkedési törvénnyel kapcsolatos ígéretét. 1971 nyarán az esküdtszékek összegyűltek. A dolgok úgy alakultak, hogy sem a *New York Times*, sem pedig a lap

[15] Lásd a 17. lábjegyzetet és a kapcsolódó szövegeket, magyarázandó a választ, mely egyébként megmagyarázhatatlan.

vezetői vagy riporterei ellen nem emeltek vádat. Sosem tudjuk meg, hogy ez miért történt így: hogy a legfőbb ügyész döntött-e úgy, nem foganatosítja a vádemelést a lap ellen, vagy esetleg az esküdtszék akadályozta-e meg a vádemelést; vagy, hogy mely alapon emeltek volna vádat. Vannak, akik azt, hogy a *New York Times*nak a *Pentagon-iratok* ügyben hozott legfelső bírósági ítélettel szerencséje volt, nem a döntés formális feltételeinek tulajdonítják, hanem az eset egyszerű következményének, amely politikailag megnehezítette volna a kormány számára, hogy a *New York Times* ellen elérje, vagy akár csak kérje a vádemelést, mert az közölte az anyagot. Az eset népszerű olvasata úgy szólt, hogy a Legfelső Bíróság „megengedte" a *New York Times*nak, hogy az közreadja a Pentagon-iratokat. Sose tudjuk meg, hogy e feltevés megállja-e a helyét. Amit mindenesetre tudunk, az az, hogy Daniel Ellsberg ellen vádat emeltek, és a kémkedési törvényben foglaltak alapján lefolytatták ellene a büntetőpert. Az ellene hozott vádat végül elutasították, azonban nem a *Pentagon-iratok* ügye, vagy valamely, a szólásszabadsághoz kötődő megfontolás miatt. A vádat egy sor mellékkörülmény miatt ejtették – a vádemelés során történt kormányzati túlkapások következtében (például bizonyítékok után kutatva betörtek Ellsberg pszichiáterének irodájába; felajánlották az FBI igazgatói székét a per bírájának), mely túlkapások, hogy történetünk egy újabb csavart vegyen, végül hozzájárultak ahhoz, hogy 1974-ben Richard Nixon elnök ellen vádat emeltek.

Végül is a *Pentagon-iratok* ügyét úgy kell látnunk, mint a szólásszabadság győzelmét – a Legfelső Bíróság az ügyben a helyes álláspont mellett döntött. Azonban megítélésem szerint ez nem volt sem „világraszóló győzelem", sem pedig „szilárd megerősítése" a „nép tájékozódáshoz való jogának". Inkább arról volt szó, hogy a Legfelső Bíróság egy átmeneti testülete, már az új legfelső bírósági elnök, Warren Burger vezetése alatt, de még az előző korszak olyan bíráival a testületben, mint Black, Douglas, Brennan és Marshall – egyszerűen épített a megelőző korszak eredményeire. Az Earl Warren vezette Legfelső Bíróság jelentős változásokat hozott az Egyesült Államokban a szólásszabadság területén, és e testület öröksége volt az, ami bátorította és talán ösztönözte is a *New York Times*t, Daniel Ellsberget és a háborúellenes mozgalmat, hogy azt tegyék, amit tettek. A *Pentagon-iratok* esete drasztikus módon juttatta kifejezésre a Warren-testület örökségét. Ezt a hatást azonban csak az ügy végkimenetele, azaz a legfőbb ügyész kérésének megtagadása által, és nem az előzetes korlátozás doktrína megidézésével érte el.

III.

Az előzetes korlátozás doktrína az 1930-as években a *Near v. Minnesota* esetben nyert jelentős kifejezést. Az ezt követő negyven évben nemigen játszott szerepet, igazság szerint a Warren-testület tizenöt éve alatt lényegében láthatatlan volt. Az 1970-es években azonban a Burger-testület kedvencévé vált, és a szabad szólással kapcsolatos ügyekben egyre fontosabb szerepet játszott a Legfelső Bíróság gyakorlatában.[16] Minek köszönhető ez a változás? A válasz részben a *Pentagon-iratok* esetben, illetve abban a szerepben keresendő, melyet a doktrína a fenti ügyben játszott.

Az előzetes korlátozás doktrína megkülönböztető jellegzetessége az ambivalencia. Egyfelől a felfüggesztő végzést magasabb mércéhez köti, mint a büntető jogszabályt; másfelől viszont nem helyezi el e mércét egy abszolút skálán, és nem szolgáltat védelmet más megelőző jellegű eljárásokkal szemben, mint amilyen például a büntető jogszabály; jóllehet, az éppoly elrettentő erővel bír a szólással szemben. Tisztán analitikus szempontból nézve ez az ambivalencia hibának, inkoherenciának tűnhet, más szempontból viszont ez az ambivalencia csak növelte a doktrína népszerűségét egy megosztott, a jobboldal felé tolódó testület szemében.

[16] Lásd *Vance v. Universal Amusement Co. Inc.*, 445 U.S. 308 (1980); *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations*, 413 U.S. 976 (1973); *Org. for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 (1971). Ahogy a Legfelső Bíróság az 1980-as és '90-es években fokozatosan jobbra tolódott, az előzetes korlátozás doktrína stratégiai fontossága csökkent, csakúgy, mint használatának gyakorisága. Lásd például *Madsen v. Women's Health Center*, 114 S. Ct. 2516 (1994) – egy tüntetést megakadályozó, felfüggesztő végzés esetében; *Alexander v. United States*, 113. S. Ct. 2766 (1993) – elutasítja az előzetes korlátozás elemzésének alkalmazását olyan kiadványok elkobzása esetében, amelyeknek nem volt ismert obszcén tartalmuk.

[17] Gyanítom, hogy a *New York Times*nak a legfőbb ügyész táviratára válaszul küldött, kettősséget sugalló válasza sikeresen elemezhető ebből a szempontból is. A felfüggesztő végzéssel szembeni engedelmességre vonatkozó ígéret e megközelítésben nem a felfüggesztő végzés nagyobb erejét bizonyítja, hanem inkább tűnik egy vádalkucselnek; egy mód arra késztetni a legfőbb ügyészt, hogy ne a kémkedési törvény alapján igyekezzen vádat emelni a *New York Times*szal szemben, hanem próbáljon inkább felfüggesztő végzést szerezni ellene.

A doktrína analitikus szempontból ambivalens szerkezete növelte az elv stratégiai hasznosságát.[17] Mindenkinek jutott valami.

A Legfelső Bíróság jobbszárnyának bírái, akik feltehetőleg fogékonyabbak az államnak a szabad szólást korlátozó érdekeire, kielégítőnek találnák a büntető jogszabály további használatát. Lehetőségük lenne arra is, hogy lerójják tiszteletüket az Első Alkotmánykiegészítéssel szemben, beburkolózzanak az előzetes korlátozást tiltó hagyomány fennkölt leplébe, aztán az előzetes korlátozás – egy alapvetően összehasonlításon alapuló mérce – üres korsóját olyan tartalommal töltsék meg, amely az abszolút skálán annyira korlátozó lehet, amennyire csak akarják. Mint arról Burger legfelső bírósági elnök nem mulasztott el megerősíteni bennünket, a *Pentagon-iratok* esetben a különvéleményt jegyző bírák is magukévá tették az előzetes korlátozás doktrínáját.

Egy liberálisabb bíró természetesen aggódna a hézagok miatt, amelyekről a doktrína hallgat, és azokra mint a cenzori hatalomnak tett hallgatólagos engedményekre tekintene. Egy ilyen bíró az utólagos korlátozásra minden bizonnyal ugyanolyan mércét állítana, mint ami az előzetes korlátozás esetében áll fenn. Black és Douglas bírák csakugyan ezt próbálták tenni a *Pentagon-iratok* esetében, ahogy Brennan bíró is a Warren-testület fénykorában [például amikor megalkotta a túl széles beavatkozás *(overbreadth)* doktrínáját]. Ám amikor világossá vált számukra, mint annak a *Pentagon-iratok* esetben történnie kellett, hogy a többség nem fogja magáénak tekinteni ezt az álláspontot, a liberális bíráknak immár nem állt érdekükben elutasítani az előzetes korlátozás doktrínáját. Lehet, hogy ez volt az egyetlen reményük. Sőt, egy liberális bíró – mint Brennan – még éppenséggel javasolhatta is, hogy az előzetes korlátozás doktrína szolgáljon a döntés alapjául; afféle kompromisszumos javaslatként, hogy így szerezzenek szavazatokat a középtől a Legfelső Bíróság testületében.

A Legfelső Bíróság ideológiai közepén helyet foglaló bírák – mint White vagy Stewart – számára szintén az előzetes korlátozás doktrínája mutatott kiutat ellentmondásos helyzetükből. E bírák a konzervatívoknál elkötelezettebbek voltak a szabad szólás iránt, ugyanakkor a liberálisoknál jobban tisztelték az ellentétes állami érdekeket – a szólás által fenyegetett olyan értékeket, mint az államtitkok rendszere vagy a nemzetvédelem szükségletei. Az előzetes korlátozás doktrínája nem oldotta fel az ambivalenciát, hanem, maga is ambivalens lévén, szolgálta azt. A cenzúra ellen hozott, az előzetes korlátozás doktrínára alapozott ítélet a cenzúra tétovázó, mérsékelt elutasítása, mivel *csupán* a felfüggesztő végzést utasítja el, anélkül, hogy hasonlóan intézkedne a büntetőjogi megtorlással szemben, és anélkül, hogy meggyőzően támogatná a szabad szólás értékeit. Az elutasítás gyengesége a legfelső bírósági közép tagjainak vonzó lehet, minthogy kifejezi értékeiket, és a liberálisok számára aggodalomra adna ugyan okot, de egy gyenge „nem" még mindig sokkal jobb nekik, mint egy „igen", ha a cenzúra engedélyezéséről születik döntés.

Az előzetes korlátozás doktrínájára ezért nem tekinthetünk úgy, mint amiben a szabad szólás értékei teljesen és koherensen kifejezésre jutnak; sokkal inkább vélhetjük stratégiai eszköznek, mely képes olyan kompromisszumot teremteni, amelynek legfőbb értéke a szólás szabadsága elleni döntés megakadályozása. Még ha nem is volt a szólás fényes győzelme a *Pentagon-iratok* eset, egy azzal ellentétes döntés, egy olyan ítélet, amely legitimálta volna a legfőbb ügyész hallgatást előíró követeléseit – dermesztő, és a csekély véleménykülönbséget tekintetbe véve felettébb valószerű gondolat – rettenetes csapást jelentett volna az Első Alkotmánykiegészítésre. Akárcsak a háborút, azt a döntést meg kellett állítani, nem számít, hogy milyen eszközökkel.

8.

A szabad sajtó építése

Prológus

A berlini fal 1989-es leomlását követő sodró események során egyre több figyelem irányult az Egyesült Államok Legfelső Bíróságára és az általa létrehozott ítélkezési gyakorlata. A világ számára az Egyesült Államok tűnt a legszilárdabb és a legélettelibb demokráciának, és sokan gondolták, hogy e siker egyik kulcsa abban a szerepben rejlik, amelyet a Legfelső Bíróság alakított ki magának. Az összehasonlító alkotmányjog virágzó iparág lett. Nagyrészt üdvözöltem e fejleményeket, mert meggyőződésem, hogy a Legfelső Bíróság történetében jócskán van, amire büszkék lehetünk. Mindamellett aggódtam amiatt, hogy az 1980–90-es évek időszakában, amelyet a Ronald Reagan és a Margaret Thatcher által megvalósított kapitalizmus uralt, alkotmányos tapasztalatunkból esetleg helytelen következtetéseket lehet levonni. Ez volt a fő kérdés azon a „Kapitalizmus vagy demokrácia?” *című szemináriumon, amelyen George Priesttel tanítottam az 1990-es évek elején.*

Amióta Magyarország kilépett a szovjet blokkból, és alkotmányos demokráciát hozott létre, folyamatosan küszködött a szabad sajtó létrehozása kapcsán jelentkező problémákkal, különösen a rádió és a televízió területén. Ennélfogva természetes volt, hogy a régió első jelentős, a sajtószabadságot tárgyaló konferenciája Budapesten legyen. A konferencia 1993 júniusában a budapesti Közép-Európai Egyetemen ült össze, résztvevői között ott voltak a volt szovjet birodalom államainak képviselői csakúgy, mint az Egyesült Államokból, Németországból és Angliából érkezett kutatók. Az alábbi esszét e konferenciára írtam, és először a Yale Journal of International Law *1995. tavaszi számában jelent meg. A konferencia címe meglehetősen a szám íze szerint való volt,* „A médiához való hozzáférés jogainak fejlődése” *(The Development of Rights of Access to the Media); ezzel együtt, mint ahogy ez kitűnik esszémből is, úgy vélem, hogy a hozzáférést második generációs kérdésnek kell tekinteni, amelynek számbavétele csak azután történhet, ha az alapstruktúra már a helyére került.*

Az 1989-es év egy új kezdetet jelölt. A berlini fal és vele együtt a szovjet birodalom összeomlott. Kelet-Németországot hamarosan elnyelte a Német Szövetségi Köztársaság, ám Közép- és Kelet-Európa többi, korábban a Szovjetunió által fogságban tartott nemzete kikiáltotta függetlenségét. A történelem újabb fordulatot vett 1991-ben. Maga a Szovjetunió hullott széjjel, és romjain egy sor új ország jött létre Közép-Ázsiában és Kelet-Európában.

Az egykor a Szovjetunióhoz és birodalmához tartozó országok ma egy figyelemre méltó mértékű és intenzitású újjáépítési folyamat részesei. Ezen újjáépítési folyamat egy része a gazdaságban történik: a nagy szocialista kísérlet, amelyben az összes termelőeszközt az állam birtokolta, csődöt mondott. A szocializmusban a termékek és a szolgáltatások előállítása lemaradt a kapitalista társadalmak hasonló mutatói mögött, és a reformerek most a gazdaság hatékonyabbá tételének indokával magánkézbe adják az állami vállalatokat.

Az újjáépítés másik terepe a politika. Sok ország a korábbi szovjet blokkból elítélte totalitárius múltját és – gyakran egy új alkotmány létrehozása révén – demokratikus elvek mellett kötelezte magát arra, hogy a kormány lesz az, aki odafigyel a polgárok vágyaira és kívánságára, nem pedig fordítva.

Az újjáépítési folyamat gazdasági és politikai aspektusai sok szempontból harmonizálnak egymással. Valóban, a gazdasági reformok elősegíthetik a demokrácia létrehozását, és gyakran ezen indokok alapján is nyernek igazolást. Ha a kormányzati tisztviselők kezéből kikerül a hatalom az olyan gazdasági döntések meghozatalával kapcsolatban, mint például a munkahelyek vagy a keresetek kérdése, akkor ez nem csupán a hatékonyságot növeli, hanem egyben meg is fosztja e kormányzati tisztviselőket a társadalom fölötti hatalom gyakorlásának egy fontos eszközétől. Az emberek úgy fogják érezni, hogy szabadabban bírálhatnak és ellenkezhetnek. Az állam hivatalnokai bűnvádi eljárással természetesen még mindig megtorolhatják az állampolgári kritikákat. A büntetőjogi megtorlás persze szembetűnőbb, és ugyanakkor talán nehezebben is bevethető, mint az olyan gazdasági döntések, hogy kit vesznek fel vagy kit léptetnek elő. Mindenesetre a büntetőjogi megtorlás már a szocializmusban is lehetséges volt.

E szemszögből nézve elég egyszerűnek tűnik a szabad sajtó létrehozásának feladata az új demokráciákban. Az állami tulajdonban lévő médiavállalatokat – a nyomtatott sajtót és az elektronikus médiát egyaránt – adják magánkézbe. Adják el vagy egyszerűen adják át az olyan egységeket, mint a nyomdák vagy a stúdiók. Engedjék, hogy új médiavállalatok lépjenek a piacra. Egyes területeken szükséges a frekvenciaszűkösség miatt a központi frekvenciagazdálkodás a sugárzási interferencia elkerülése érdekében, azonban a műsorszolgáltatói szerződéseket oda lehet adni azoknak, akik a legtöbbet ígérik érte, de ki is lehet sorsolni őket. Semmi esetre sem maradhatnak a politikai rendszer támogatóinak kezében.

E gyors privatizációs program gazdasági hasznot jelentene az új rendszernek, és még annál is többet a demokrácia számára, mivel növelné a média államtól való függetlenségét. Az újságok, a televízió és a rádió így képes lenne arra, hogy

ellássa az állampolgárokat a kormány működésével kapcsolatos információkkal és véleményekkel – köztük keményen kritikus hangvételűekkel is. Először történhetne meg, hogy a polgárok megfontolt döntést hozhatnak képviselőik megválasztásáról, és hogy kényszeríthetik az állam képviselőit, hogy reagáljanak a köz kívánalmaira.

Némi probléma származhat abból, hogy az újonnan privatizált média újságírói és riporterei ugyanazok lesznek, akik a régi állami médiában is dolgoztak már. A tulajdonviszonyok változása nem feltétlenül jelent személyi változásokat. További erőfeszítésekre lesz szükség ahhoz, hogy orvosolni lehessen a totalitárius társadalom hatásait, amelyek nyomán a totalitarizmusban is újságíróként dolgozók kritikai képességei elcsökevényesedtek vagy megsemmisültek.[1] A riportereket és újságírókat ilyenformán bátorítani kell, hogy használják a magántőke által számukra megvásárolt szabadság előjogait. Fontos továbbá, hogy az újságírók megszervezzék magukat, és szakmai szervezeteiken keresztül megbecsült szakmává avassák az újságírást, amely független az államtól, és annak szolgálatában áll, hogy az állam figyelemmel legyen a polgárok kívánalmaira.

Meglehet, hogy az állam képviselői idővel bosszút állnak az újonnan privatizált sajtó újságíróin, és megtorolják a kritikákat. Ezek az akciók büntetőjogi vagy polgári jogi formát ölthetnek. Az állam képviselői olyan cselekményekkel vádolhatnak egyes újságírókat vagy televíziós munkatársakat, mint az állam tekintélyének megsértése (lázító rágalmazás), az állam képviselői, mint egyének jó hírnevének csorbítása (rágalmazás), államtitkok nyilvánosságra hozatala (felforgatás); vagy akár zavargás szítása (uszítás a köznyugalom megzavarására).[2] Ezekben az állami akciókban nem feltétlenül a galádság vagy a bosszúállás nyilvánul meg. Szándékuk gyakran az, hogy megvédjenek valamely legitim államérdeket; például a közrend védelme vagy az államgépezet olajozott működésének biztosítása. Mindazonáltal annak érdekében, hogy a sajtó szabadon bírálhassa a kormányt – hogy így hozza létre azt, amit lélegzetvételhez szükséges térnek neveznek[3] –, szigorúan korlátok közé kell szorítani az állam e megtorló intézkedéseit az újonnan privatizált sajtóval szemben.

Hogyan is kellene ezt csinálni? Mi az Egyesült Államokban jó ideig küszködtünk e kérdéssel, olyan környezetben, ahol a sajtó majdnem teljesen magánkézben működik, és az eredmény, amit elértünk, talán tanulságos lehet. Írott alkot-

---

[1] Lásd RFE/RL Research Institute Staff, Regional Survey: The Media in Eastern Europe, Radio Free Europe/Radio Liberty Res. Rep. 22, 22–23, 26, 28, 29, 31, 32 (May 7, 1993).

[2] Annak tárgyalása, hogy az állam milyen módokon avatkozhat bele a sajtó szabad működésébe, itt olvasható: Harry Kalven, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 3–73.

[3] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 272 (1964).

mányban fektettük le a sajtó szabadságát, és a bírói hatalomra bíztuk, hogy a törvényt érvényesítse, mely bírói hatalom a pártpolitika csetepatéi felett áll, védve a politikai ágazat megtorlásától. Ennek eredménye egy olyan jogi doktrína, amely a meghatározott mértékben biztosítja a sajtó autonómiáját. Ez az autonómia kontextusról kontextusra változó, függően a szólás politikai értékétől és a szembenálló, a szólást korlátozni kívánó államérdek erejétől. Történtek apró, tapogatózó lépések ebben az irányban a volt keleti blokk új demokráciáiban, különösen Magyarországon.[4] Ezek támogatásra méltóak, bár nem lesznek elegendőek.

[4] Bár a volt szovjet birodalom területén létrejött új demokráciák továbbra is küszködnek azzal, hogy a bíráskodás számára egy független szerepet vívjanak ki, az orosz és a magyar alkotmánybíróság egyes esetekben bizonyos védelmet nyújtott a sajtónak, és sikeresen tartotta kordában az ellenséges állami hivatalnokokat. Lásd Frances H. Foster: Izvestiia as a Mirror of Russian Legal Reform: Press, Law and Crisis in the Post-Soviet Era. 26 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 675, 694–702 (1993); Arató András: *The Hungarian Constitutional Court in the Media War: Interpretations of Division of Power and Model of Democracy.* 4–5. (1993. június 21.) (a tanulmány a Közép-Európai Egyetem „The Development of Rights of Access to the Media" című konferenciáján hangzott el).

I.

Az általam az imént felvázolt, a szabad sajtó létrehozását célzó általános stratégia – a sajtó privatizálása, az újságírók arra ösztökélése, hogy egy szakma tagjának tekintsék magukat, és egy alkotmányosan védett autonómiazóna létrehozása a sajtó számára az állami korlátozással szemben – azon a feltételezésen alapszik, hogy az állam a demokrácia természetes ellensége. Valóban, eltekintve a tisztán közgazdasági megfontolásoktól, a privatizáció azért ajánlkozik oly erőteljesen mint demokratizáló stratégia, mert kiszabadítja a sajtót az állam fennhatósága alól. Az államot barátságtalan színben feltüntető elgondolás a lehető legtermészetesebb az átmenet demokráciáiban, ahol az emberek évtizedekig állami diktatúrák uralma alatt éltek, és most azon vannak, hogy megszabaduljanak e rettenettől. Az egykori szovjet birodalomban zajló átmenet ugyanakkor nem fog örökké tartani. Mindenesetre a közvetlen múlt emlékei nem szabad hogy elhomályosítsák az újjáépítési folyamat egészét. Az Egyesült Államokban több, mint kétszáz éve működik folyamatosan demokrácia, és ilyen körülmények között megtanultuk, hogy az államnak két arca van – van, hogy a demokrácia ellenségeként cselekszik, és van, hogy a barátjaként.

Az állam efféle szemlélete eleinte paradoxnak tűnhet, a szocialista diktatúrákból a nem is a nagyon távoli múltból ismert mellébeszélő halandzsa újrajátszásának tűnik. Az államnak a demokrácia védelmében betöltött szerepe világos lesz, ha megértjük, hogy a piac önmaga korlátozó struktúraként működik. Jóllehet, az újonnan privatizált sajtót nevezhetjük „szabadnak", mivel az állam nem birtokolja vagy irányítja az újságokat vagy a rádió- és televíziócsatornákat, a média mégis egy szociális vákuumban működik. A tulajdonosok azon lesznek, hogy maximalizálják a bevételüket és minimalizálják a kiadásaikat, és a verseny nyomása korlátozza bevételmaximalizálási képességüket. Ők a kapitalizmus vastörvényei szerint munkálkodnak, és ez éppúgy igaz lesz az újonnan privatizált sajtóra, mint bármely más vállalatra. Az államra így szükség lehet, hogy ellensúlyozza a piac felől a sajtóra irányuló nyomást.

A társadalomban senki sem cselekszik teljesen autonóm módon. Mindenki be van ágyazva egy őt korlátozó társadalmi szerkezetbe. Így fel kell tenni a kérdést, hogy pusztán tisztán politikai szempontból van-e ok aggódni a korlátozás miatt, melyet a piac gyakorol a médiára. A privatizáció leglelkesebb híveinek érvei sze-

rint a fenti korlátok nem ütköznek a demokratikus célokkal, sőt, tulajdonképpen e célok elérését szolgálhatják. A bevételmaximalizálás vágya a kiadókat és a tévétársaságokat arra sarkallja, hogy terméküket a közönség számára vonzóvá tegyék, így arra törekszenek, hogy tudósításaik és az a mód, ahogy beszámolnak az eseményekről, megfeleljenek a fogyasztói vágyaknak. A közönség megkapja, amit kíván. Közgazdasági elmélet és az amerikai tapasztalat támasztja alá ezt az elképzelést, de én nem hiszem, hogy e nézet választ ad minden fontos kérdésre.

Először is, a költségek korlátozni fogják az újonnan privatizált vállalatokat a fogyasztói igények kielégítésében. A vállalkozók a profitmaximalizálásban érdekeltek, ami, mint az imént említettem, a költségek minimalizálását és a bevételek maximalizálását jelenti. Így könnyen lehet, hogy a média jóval kevesebbet fog nyújtani a közönségnek annál, mint amennyit az kapni akar. A televíziós ipar vezetői, megrettenve a hírgyártás vagy a minőségi dokumentumműsorok gyártási költségeitől, kísértést fognak érezni például arra, hogy régebbi *sitcom*ok és szappanoperák újrajátszásaival töltsék fel a programot. Ez természetesen kielégíti a közönség egyes szegmenseinek teljes szükségletét. Ám más nézők csalódottak lehetnek, míg megint mások leszállítják az elvárásaikat, és preferenciáikat a realitásokhoz igazíthatják.

Másodszor, amikor a hirdetésekből származik a bevételek zöme – ami jellemzően így van a privatizált sajtó esetében –, az hasonló torzulásokat eredményez majd, mint amilyenek az Egyesült Államokban voltak tapasztalhatók. Az egyik ilyen torzulás abból a nyilvánvaló tényből származik, hogy lényegtelen, hogy a közönség mennyire szeretne egy bizonyos műsort nézni vagy cikksorozatot olvasni, a hirdetők nem fogják azokat támogatni, hacsak nincsenek meggyőződve arról, hogy termékeik eladásai növekednek az ezen tartalmakat támogató hirdetések révén. Riporterek számolnak be például arról, hogy az Egyesült Államokban a kereskedelmi tévécsatornák valamelyest háttérbe szorították az 1991-es Öbölháborúról való tudósítást, mert hirdetőik el akarták kerülni, hogy termékeik a halál és a pusztítás képeivel kapcsolódjanak össze.[5]

A hirdetőknek a sajtó tartalmára gyakorolt hatása nem korlátozódik az ehhez hasonló szándékos vagy egyedi esetekre. Általánosságban elmondható, hogy a hirdetők csak akkor hirdetnek adott lapban vagy tévéműsorhoz kapcsolódva, ha feltételezhető, hogy azokat olyan emberek nézik vagy olvassák, akiknél a pénz, ízlés és

[5] Lásd Bill Carter: Few Sponsors for TV Wars News. *New York Times,* Feb. 7, 1991, at D1, col.3; Rick DuBrow: TV and the Gulf War: TV Networks Shying from Vivid Violence. *Los Angeles Times,* Feb. 7, 1991, at A10, col. 5. Egy hirdetői megrendelés visszavonására válaszolva a CBS vezetői biztosították hirdetőiket, hogy „a háborús tudósítások szerkesztése során biztosítjuk a hirdetésekhez vezető zárás megfelelő kialakítását. Ezek egyik módja lehet, hogy a hirdetéseket olyan részek után illesztjük be, amelyekben speciálisan elkészített, felfokozott hangulatú háborús képek vagy üzenetek láthatók; például a hazafias vélemények a hátországból." Carter, i. m.

szándék is adott a termékek megvásárlásához; és a kiadók és szerkesztők úgy alakítják saját termékeiket, hogy azok e csoport számára legyenek vonzóak. Ennek eredményeképpen a magánkézben lévő sajtót jobban érdeklik egyes speciális „célcsoportok" a széles nyilvánosság helyett, és a magánkézben lévő lapok és tévétársaságok elhanyagolják a csekély vásárlóerővel rendelkező vagy a hirdetőknek kevesebb hasznot hajtó csoportok információs és kulturális szükségleteinek kielégítését.

Harmadszor, míg a közönség meghatározott szegmense közönséges piaci eszközökkel alakíthatja a tévécsatornák és a lapok tartalmát, ezek a személyek nem egy kollektív döntéshozatali eljárásban hozzák meg a döntésüket. Ellenkezőleg, atomizálva működnek, és az interakció ezen formája komoly következményekkel járhat preferenciáik megfogalmazására és meghatározására nézve. Azok a televíziós és rádióműsorok, amelyeket ezek az egyének otthonuk magányában, vacsora után, egy átdolgozott nap végén kiválasztanak, valószínűleg egészen mások, mint amelyek mellett egy, a lehetőségeket alaposan átbeszélő vita révén döntenének. Ugyanez igaz a naponta megvásárolt újságra. A múlt diktatúrájának elutasítása és a demokrácia felé fordulás során a nyolcvankilencesek nem kötötték magukat ahhoz, hogy minden egyes társadalmi döntést kollektív vita és döntéshozatal előzzön meg, és a demokrácia elmélete sem ír elő ilyen kötelezettséget. Ugyanakkor „a köz" nevében kijelentett bármiféle – esetünkben a sajtó tudósítására vonatkozó – állítás normatív ereje gyakran megkívánja az efféle közös vitát és döntéshozatalt.

Ennélfogva jó okkal kételkedhetünk abban, hogy a privatizált média mindent megad a közönségnek, amit az kíván. Azok a tudósítások vagy műsorok, melyeket a piac határoz meg – amit én „piacilag meghatározott szólásnak" nevezek –, csak a durva közelítései egy „demokratikusan meghatározott szólásnak", azaz az olyan adásnak vagy tudósításnak, amelyet az emberek alapos megfontolás alapján választanának, függetlenül a költségektől, és ahol a döntéshozatalban mindenkinek egy szavazata lehetne.[6] Ugyanakkor van itt egy mélyebben fekvő probléma is: az eszménynek vagy a mércének, mely alapján a piac által létrehozott terméket megítéljük, vajon annak kell-e lennie, amit én demokratikusan meghatározott szólásnak neveztem? A demokrácia magában foglalja az emberek kívánatos kormányzatról és társadalomról hozott döntését, ám e döntés nem feltétlenül terjed ki a nézetekre, melyeket meg kell ismerniük, és az álláspontokra, amelyeket meg kell fontolniuk e másik döntés meghozatalához. Talán ennél többre kellene törekedni.

[6] A lengyel tapasztalatokról írva Karol Jakubowicz hasonló megkülönböztetéssel él, amikor a „szabad kommunikációról" beszél a „demokratikus kommunikációval" szemben. Álláspontja szerint Közép- és Kelet-Európa új demokráciái nagyobb súlyt fektettek a „szabad kommunikáció" libertariánus, piaci felfogására az olyan kommunikációval szemben, amely a teljes közösséget megjeleníti. Lásd Karol Jakubowicz: Freedom vs. Equality. 1993 *East European Constitutional Review* 42, 43.

A demokrácia a kormányzás olyan formája, amely végső soron a közvéleményre bízza annak eldöntését, hogy hogyan kíván élni. A kollektív önrendelkezés elvén alapszik, melyből szükségképpen következik az a feltételezés, hogy a közvélemény e döntéshozatal során tökéletesen értesült minden szóba jöhető lehetőséget és minden véleményt illetően, essen szó bármilyen témáról. Máskülönben a közvélemény nem lenne abban a helyzetben, hogy eldönthesse, hogy mi áll leginkább érdekében, vagy hogy mi szolgálja legjobban az érdekeit; így nem döntene saját sorsáról. Ilyen keretek között az a szabad sajtó feladata, hogy ellássa a közvéleményt azokkal az információkkal, amelyek szükségesek szuverén előjoga gyakorlásához. Ez az elképzelés megfogalmazható úgy is, hogy egy demokratikus rendszerben – legyen az egy új demokrácia az egykori keleti blokkban, vagy egy megállapodott stabil demokrácia, mint az Egyesült Államok – az a sajtó feladata, hogy „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott"[7] vitát hozzon létre a közérdekű kérdések ügyében.

Tegyük fel, hogy az emberek mégis úgy döntenek, hogy már elegük van az „erőteljes közéleti vitákból", és már könyökükön jön ki a gazdaságpolitikáról vagy az etnikai kisebbségeknek járó bánásmódról folytatott eszmecsere, és most már csak az agyzsibbasztó szórakoztató műsorok, a bulvárlapok és a szexuális fantáziájukat kiszolgáló tévécsatornák érdeklik őket. Megkövetelné-e a demokrácia, hogy tiszteletben tartsunk egy ilyen döntést? Azt hiszem nem; nem jobban, mint amenynyire a szerződéskötés szabadsága melletti elkötelezettségünk követelné meg egy olyan szerződés tiszteletben tartását, amelyben valaki eladja magát rabszolgának.

Meg kell különböztetnünk a „demokratikusan meghatározott" szólást attól, amit „erőteljes közéleti vitának" neveztem, és az utóbbihoz mérve kell a piac teljesítményét értékelni. Ez az elképzelés idegennek tűnhet azon szabadságok rendszere tükrében, melyeket hagyományosan a demokratikus kormányzáshoz társítunk, de nem az. Az amerikai Jogok Törvényét, melyben benne foglaltatik az Első Alkotmánykiegészítésben a sajtónak nyújtott védelem is, gyakran emlegetik a „kisebbségi jogok" vagy „az egyén jogainak" védelmezőjeként, vagy a „többség önkényuralma"[8] elleni bástyaként. A sajtó állami beavatkozással szembeni védelmében a Legfelső Bíróság nagyon is jól tudja, hogy az állam gyakorta nem a többség akaratával szemben, hanem éppen a többség akaratának eszközeként cselekszik. A Legfelső Bíróság önmagára rótta ki a felelősséget, hogy megvédje a közéleti viták erőteljességét – más szóval, hogy a demokráciát megvédje saját magától.

[7] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. at 270 (1964).

[8] Vö. Akhil R. Amar: The Bill of Rights as a Constitution. 100 *Yale Law Journal* 1131, 1147–52 (1991) – vitatkozva a közkeletű elképzeléssel, miszerint az Első Alkotmánykiegészítéshez kötődő szólás- és sajtószabadság legfőbb feladata kisebbségek védelme lenne, érve szerint az Első Alkotmánykiegészítés „strukturális magva" ellenséges kongresszusi cselekedetekkel szemben védi a többséget alkotó csoportokat.

Így viszont ehhez hasonlóan, a volt keleti blokk országépítőit kell hogy foglalkoztassa a piac által szabott kényszer, és nem egyszerűen azért, mert a piac által meghatározott szólás csupán durva közelítése a demokratikusan meghatározott szólásnak, hanem mert az jelentősen eltávolodhat az erőteljes közéleti vita alapvetően idealizált, absztrakt mércéjétől. Ha a média privát kézben lesz, akkor a műsorszerkesztés és a tudósítás jellegét néhány olyan tényező – például a határköltség és a határbevétel – fogja meghatározni, amelyeknek nem sok köze van a demokratikus igazgatás szükségleteihez. Elkötelezettek lévén tőkéjük érdekei iránt, az új média tulajdonosainak valószínűleg a profit lesz a fontos, nem pedig az, hogy a közvéleményt ellássák mindazon információkkal és véleményekkel, melyek demokratikus előjoga gyakorlásához szükségesek.

Még e nézetek elfogadása mellett is vannak, akik szerint a közéleti viták állami korlátozása teljesen más léptékű dolog, mint azok a korlátozások, melyek a piactól származnak. E nézet közhely az Egyesült Államokban. Ismertsége bizonyos mértékben a sajtószabadságunkat szavatoló formula pontos megfogalmazásának köszönhető: „A Kongresszus nem csorbítja a szólás- vagy sajtószabadságot."[9] E megfogalmazásból kiindulva az amerikai jogászok gyakorta hangsúlyosan megkülönböztetik az állami és a piaci korlátozást, de ez nem feltétlenül releváns azok számára, akik épp aktívan részt vesznek egy-egy új demokrácia kiépítésében; mert lehet, hogy az ő újonnan megszövegezett alkotmányuk vagy alkotmányértelmezéseik sokkal megengedőbb fogalmakkal operálnak. Az új magyar alkotmány például európai hagyományokat követve kijelenti, hogy „A Magyar Köztársaság elismeri és védi a sajtó szabadságát."[10] Ugyanakkor érzésem szerint a piaci korlátozások és az állami korlátozások közti megkülönböztetés igazából inkább filozófiai, mint textuális alapokon nyugszik, és így lehet, hogy messzebbre ható következményei vannak.

A piaci és az állami korlátozás közti megkülönböztetést igazoló egyik nézet a közéleti viták területét igen szűkre, az olyan szólásokra szabja, amelyek a közhivatalokba történő választásokra vagy a kormány munkájára vonatkoznak.[11] A sajtó demokratikus feladata, hangzik az érvelés, segíteni a közvéleményt a kormány képviselőinek kiválasztásában, és értékelni munkájukat; a fő veszély abból fakad,

[9] Az Amerikai Egyesült Államok alkotmányának Első kiegészítése. A fordítás forrása: Az Egyesült Államok Külügyminisztériuma. http://hungarian.hungary.usembassy.gov/constitution_in_hungarian.html

[10] A Magyar Köztársaság Alkotmánya, XII. fejezet, 61. § (2) bek. A Magyar Köztársaság elismeri és védi a sajtó szabadságát. (A jelenleg hatályos Magyarország Alaptörvényében a vonatkozó rész: „IX. cikk (2) Magyarország elismeri és védi a sajtó szabadságát és sokszínűségét, biztosítja a demokratikus közvélemény kialakulásához szükséges szabad tájékoztatás feltételeit." *A ford.*)

[11] Lásd például Robert H. Bork: Neutral Principles and Some First Amendment Problems. 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

hogy a kormány képviselői azok ellen fordíthatják a kezükben lévő hatalmat, akik bírálni merészelik őket.

Szerintem azonban semmi okunk ilyen szűkre szabni a demokratikus sajtó küldetését. Nyilvánvaló, hogy a sajtónak – Blasi professzor kifejezésével[12] élve – „ellenőriznie" kell a kormányzat képviselőit, ám ezen túl felelős a gazdasági és társadalmi rendszer nagy kérdéseinek tárgyalásáért is, mint amilyen a vagyon társadalmi megoszlásának kérdése, vagy a dolgozók szerepe a munkahelyük irányítási rendszerében. Egy demokratikus társadalomban a választópolgárok hatásköre mindezekre kiterjed.

Sőt, még ha a közéleti viták körét szűkre szabjuk is, és azok mindössze a kormányzat képviselőire és munkájuk bírálatára terjednek ki, akkor is van okunk tartani a piaci kényszertől, mivel a piac képes befolyásolni egyes kormányzati szakpolitikai döntéseket, illetve döntéshozó politikusokat. Képzeljük csak, hogy a frissen privatizált sajtó, amely nyilvánvalóan nagymértékű magántőkebevonásra szorul, hogyan mutatna be egy olyan politikai jelöltet, aki a vagyon radikális újraelosztását vagy a munkásellenőrzés bevezetését sürgeti.[13] Bár nem minden kormány politikája érzékeny a piac hasonló szempontjai iránt, de sok kormányé igen; ennélfogva aggodalomra adhat okot a piac közéleti ügyek megvitatására irányuló hatása még akkor is, ha az aggodalom csak a kormányzati ügyekkel kapcsolatos szólásokra korlátozódik.

Az állami és a piaci korlátozást szokás az alapján is élesen elkülöníteni egymástól, hogy más-más módon történik hatalmuk érvényesítése.[14] Az állam monopóliummal rendelkezik az erőszak legitim használata felett, és börtönbe zárhatja azokat, akik megszegik a rendelkezéseit. A médiamogulok azáltal érvényesíthetik a követeléseiket, hogy kivesznek egy cikket a megjelenő lapból, bizonyos módon alakítanak adott tévéműsort vagy kirúgják az újságírót, akinek a leadott cikkei nem adják el a lapot. A gyakorlatban persze a hatalomérvényesítés egyes módszerei közötti különbségek nem ilyen nyilvánvalóak. Az állam polgári jogi eszközökkel érvényesítheti korlátozásait (például kártérítések kiszabása vagy műsorszolgáltatási engedélyek kiadásának megtagadása által); ha az Egyesült Államok példája bármilyen értelemben is érdekes, nos, akkor az efféle jogorvoslatok közhelyszámba mennek. A szankciók feltételezett súlyosságbeli különbsége szintén kérdéses.

[12] Lásd Vincent BLASI: The Checking Value in First Amendment Theory. 1977 *American Bar Foundation Research Journal* 523.

[13] Annak tárgyalását, hogy a nyugati sajtó hogyan mulasztotta el tárgyalni a „nagy kérdéseket", beleértve a társadalmi struktúra és a vagyon megosztásának kérdéseit, lásd Charles E. LINDBLOM: *Politics and Markets: The World's Political-Economic Systems*. New York, Basic Books, 1977. 204–07.

[14] Lásd Charles FRIED: The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty. *University of Chicago Law Review* 225, 235–37 (1992).

Mennyivel rosszabb valakit börtönbe vetni annál, mint ha elveszti a munkáját, vagy vállalkozása lehúzhatja a rolót? De még ha meg is engedjük e megkülönböztetéseket, a demokrácia szemszögéből nincs jelentős különbség a között, hogy az állam vagy a piac érvényesíti rendelkezéseit. Ami számít, az nem a korlátozás érvényesítése során használt eszközök morális minősége vagy a megtorlást elszenvedő ember által átélt megpróbáltatások, hanem a korlátozás közbeszédre gyakorolt hatása.

II.

A volt keleti blokk reformereinek éppúgy tisztában kell lenniük a sajtó piaci korlátaival, mint ahogy az állami korlátozással tisztában vannak. A gyors privatizációnak – megtámogatva a sajtó függetlenségét kinyilvánító jogi doktrínával és az államtól való függetlenséget hirdető szakmai éthosszal – kell a legfőbb stratégiának maradnia. A privatizáció szükséges a múlt diktatórikus üzelmei által örökül hagyott elnyomó hagyományok eltörléséhez. A reformerek nem állhatnak azonban meg ezen a ponton. Egy sor, hálózatba rendeződő stratégiát kell alkotni ahhoz, hogy ellensúlyozni lehessen a piac korlátozó hatását.

Jóllehet, a nyolcvankilencesek számára nyomasztó felelősség lesz e stratégiák megalkotása, megfontolásra érdemes tapasztalatokkal szolgálhat számukra a mi országunk, amely a magántulajdont fogadta el a média alapvető gazdasági szerkezeteként, ám amely számos módon ki is egészítette e szerkezetet. Kétféle kiegészítő szabályozással kísérleteztünk; az egyiket nevezhetjük „műsorszabályozásnak", a másikat „strukturális szabályozásnak".

A műsorszabályozás közvetlenül ellenőrzi a sugárzott adások vagy a kiadványok tartalmát azért, hogy a szélesítse a közvélemény számára elérhető nézetek körét. Példának felhozható a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (*Federal Communications Commission*, FCC) „méltányosság doktrínája" *(fairness doctrine)*, amely megkívánja a rádió- és tévécsatornáktól, hogy számoljanak be a közélet ügyeiről, és hogy azt méltányosan tegyék.[15] Másik példa lehet az olyan törvények köre, amelyek elismerik azok „válaszadási jogát",[16] akiket személyes vagy politikai támadás ér a médiában, vagy pedig azok a követelmények, amelyeket az elektronikus médiának teljesítenie kell az elnökválasztási tudósítások alkalmával.[17]

[15] A méltányosság-doktrína hátteréről és tartalmáról lásd *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* 395 U.S. 367, 369–71 (1969). Lásd még Randall RAINEY: The Public's Interest in Public Affairs Discourse, Democratic Governancem and Fairness in Broacasting: A Critical Review of the Public Interest Duties of the Electronic Media. 82 *The Georgetown Law Journal* 269 (1993).

[16] Lásd *Miami Herald Publishing v. Tornillo,* 418 U.S. 241 (1974).

[17] *Columbia Broadcasting Sys. v. FCC,* 453 U.S. 367 (1981).

Egy alkalommal politikai szervezetek megkísérelték elérni, hogy az FCC kötelezze a csatornákat „szerkesztőségi hirdetések"[18] megjelentetésére. Ez is műsorszabályozásnak minősült volna.

A strukturális szabályozások ugyanezt a célt szolgálják, bár áttételesebben fejtik ki hatásukat. A trösztellenes törvények a strukturális szabályozás példái, bár nem tökéletes példák abban a tekintetben, hogy azok a piacot tökéletesíteni kívánják, nem pedig ellensúlyozni.[19] Egy erőteljesebb változat jelenik meg az FCC „kereszttulajdonlást" korlátozó szabályaiban, amelyek megtiltják a laptulajdonosoknak, hogy a lapjukéval megegyező piacon tévé- vagy rádióállomáshoz jussanak.[20] Olykor ezen üzleti terjeszkedéseket még akkor is korlátozzák, amikor az nem veszélyeztetné a piaci verseny kiegyensúlyozott működését. Az indok politikai, nem gazdasági. A strukturális szabályozás még ennél is figyelemre méltóbb formája az volt, amikor a Kongresszus az 1960-as években úgy döntött, hogy létrehoz és finanszíroz egy olyan közmédiarendszert, amely nem kiszorítani, hanem kiegészíteni kívánta a kereskedelmi csatornákat.[21] E közmédia-csatornák beszámolhattak a kereskedelmi média által jórészt figyelmen kívül hagyott, ám a demokratikus önkormányzás szempontjából életbevágó ügyekről.[22] Végül pedig meg kell említeni az FCC azon intézkedéseit, amelyek nyomán bizonyos bőrszín, illetve etnicitás alapján meghatározott kisebbségek pályázatai előnyt élveztek az elektronikus médiacsatornák üzemeltetésére kiírt pályáztatási folyamat során.[23] Ez az intézkedés bizonyos mértékig a kisebbségek társadalmi helyzetét javító szakpolitikának szá-

[18] *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.,* 412 U.S. 94 (1973).

[19] A trösztellenes törvények és azok érvényesítése ellenére a napilappal rendelkező amerikai városok 98%-ában csak egyetlen napilap volt kapható 1986-ban. Lásd Robbie STEEL: Joint Operating Agreement in the Newspaper Industry: A Threat to First Amendment Freedoms. 138 *University of Pennsylvania Law Review* 275, 277 (1989). Lásd általában William E. LEE: Antitrust Enforcement, Freedom of the Press, and the „Open Market": The Supreme Court on the Structure of and Content of the Mass Media. 32 *Vanderbilt Law Review* 1249 (1979).

[20] Lásd Second Report and Order, Amendments to Rules Relating to Multiple Ownership of Standard, FM, and Television Stations, 50 F.C.C.2d 1046 (1975). Az FCC „kereszttulajdonlási" szabályai jelentették a fő témát 1988-ban District of Columbia Fellebbviteli Bíróságán. Lásd *News America Publishing v. FCC,* 844 F.2d 800 (D.C. Cir. 1988).

[21] Lásd Public Broadcasting Act, 47 U.S.C. §§ 390–99 (1967).

[22] Carnegie Commission on Educational Television: Public Television: A Program for Action (1967).

[23] Az Egyesült Államok Legfelső Bírósága fenntartotta ezen intézkedés alkotmányosságát a *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC,* 497 U.S. 547 (1990) perben. Két évvel később az Egyesült Államok District of Columbia Fellebbviteli Bírósága érvénytelenített egy hasonló intézkedést, amely a nőknek kedvezett a frekvenciapályázatok során. Lásd *Lamprecht v. FCC,* 958 F2.d 382 (D.C. Cir. 1992). A *Lamprecht* megfogalmazója, Clarence Thomas ma a Legfelső Bíróság bírája. A *Metro Broadcasting* ítéletet meghozó öt bíró közül négy, Brennan, White, Marshall és Blackmun bírák azóta nyugdíjba mentek.

mít, ám mégis van egy szólás-dimenziója, mely által a strukturális szabályozás egy formájának is tekinthető. Ez az elgondolás feltételezi, hogy a rasszhoz tartozás felfogható nézőpontként, és hogy az új tulajdonosok a piac által nekik átengedett döntési jogkörüket egy sokszínűbb programstruktúra érdekeit szem előtt tartva gyakorolják, így gazdagítva a közbeszédet.

Bár az iméntiekben bemutatott szabályozási eszközök főként a rádióra és a televízióra, és nem a nyomtatott sajtóra vonatkoznak, a sajtóiparra is alkalmazhatók. A Legfelső Bíróság elfogadott bizonyos, a sajtótermékeket korlátozó intézkedéseket (például trösztellenes kontextusban), azonban általában véve ellenségesen szemlélt minden, a lapokat érintő szabályozást, és a törvény által szentesítette a nyomtatott és az elektronikus média megkülönböztetését. Mindenekelőtt is, a Legfelső Bíróság érvénytelenített egy floridai válaszadási jogi rendeletet, amelyet vélhetőleg alkotmányosan lehetett volna alkalmazni a műsorszolgáltatókra nézve.[24] E megkülönböztetést nehéz igazolni, és akik új alkotmányos keretet alkotnak országuk számára, nyugodtan figyelmen kívül hagyhatják törvényünk e furcsa jellegzetességét.

Az újságok a működő sajtó részei, csakúgy, mint a tévécsatornák és rádióállomások. Mindegyikük formálja a közbeszédet, és informálja az embereket a valóság azon szegmenséről, amely túl van mindennapi tapasztalataik szemhatárán. A rádióállomások és tévécsatornák kizárólag az államtól kapott műsorszolgáltatási engedély birtokában tevékenykedhetnek, hogy elkerüljék az elektromágneses spektrumban a jelek interferenciáját. A kábeltévék és -rádiók vezetéken keresztül továbbítják jeleiket, de esetükben is szükség lehet engedélyezésre az utcák és közterek integritásának megőrzése érdekében, nagyon hasonlóan ahhoz, ahogy az a telefonos rendszereknél történik.[25] Az újságok esetében nincs olyan fizikai szükségszerűség, ami alapján indokolt lehetne az engedélyeztetés. Következésképp elképzelhető, hogy az elektronikus és nyomtatott média megkülönböztetése a létrehozásukban szerepet játszó tulajdonjog keletkezése alapján történik. A televíziócsatornák és a rádióállomások létrejötte az állam szándékos elosztó döntésének, konkrétan a műsorszolgáltatási engedély kiadásának köszönhető. Az újságok tulajdonjogának forrásai jóval szerteágazóbbak; olyan törvényekből származnak, amelyek minden vállalkozásra érvényesek. Ugyanakkor a sajtó különleges státusa és a szabadságra való igénye a saját társadalmi funkciójából ered – nevezetesen, hogy informálja a közvéleményt –, és ennek nem sza-

[24] Lásd *Miami Herald Publishing v. Tornillo,* 418 U.S. 241, 242 (1974).

[25] Lásd *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC,* 114 S. Ct. 2445 (1994) – fenntartja, hogy a továbbítási *(must carry)* kötelezettségek a kábelszolgáltatókra rótt terhek és kötelezettségek miatt az Első Alkotmánykiegészítés fokozott felülvizsgálati tesztjét igénylik, de nem a legszigorúbbat.

bad megváltoznia a rajta fennálló tulajdonjog keletkezési módja vagy a létrejöttében szerepet játszó dinamikák miatt.[26]

A korábban említett kiegészítő állami beavatkozások nem szegényíteni, hanem épp gazdagítani kívánják a közügyek nyilvános vitáját, és általában a „hozzáféréshez való jog" kategóriája alá szokták őket sorolni. E kifejezés, amelyet Jerome Barron professzor az 1960-as évek végén vezetett be az amerikai alkotmányos közbeszédbe egy nagy hatású folyóiratcikkel,[27] az egyesült államokbeli „emberi jogi beszédmódot" övező misztikából igyekszik tőkét kovácsolni. Ugyanakkor maga a kifejezés pontosan ezért félrevezető. Míg a jelenkori alkotmányos közbeszédben megjelenő csaknem minden emberi jog – például a családtervezés szabadságához való jog – támogat valamely, az egyénhez köthető értéket, ha alaposan szemügyre vesszük Barron „hozzáférési jogát", szembetűnő, hogy az nem kívánja védelmezi a hozzáférést kereső egyénnek az önkifejezéshez fűződő jogait. Ehelyett egy társadalmi célt, az erőteljes közéleti vitát akarja megvalósítani. Megfelelőbb kifejezés – és ezt is fogom használni a közéleti vitát gazdagítani kívánó programok és strukturális szabályozások csillogó arzenáljának megragadására – a „hozzáférés-szabályozás".

Még e kiegészítés mellett is marad némi kétértelműség. Az emberek hozzáférésről beszélnek, de nem határozzák meg, hogy pontosan mihez is történik a hozzáférés. Minthogy a hozzáférés-szabályozás célja a közbeszéd gazdagítása, nem pedig teret adni az egyén valamely, az önkifejezéshez fűződő érdekének, ezért a nyilvánossághoz való hozzáférést kell szavatolni, nem pedig a médiumhoz valót. Egy rádióadóhoz, tévécsatornához, újsághoz való hozzáférés a nyilvánossághoz való hozzáférés eszköze csupán; és minden hozzáférés-szabályozást ennek megfelelően kell megítélni. Ennek fényében az amerikai kábeltévé-rendszeren található, bárki számára hozzáférhető „szabad mikrofon"-csatornák nem megfelelőek. Ha egy személy hajnali háromkor megjelenik a tévében, az legfeljebb neki okoz némi személyes kielégülést, de amit mond, semmivel sem jut fontosabb szerephez a közbeszédet tekintetében, mint egy egyetemi könyvtár raktárának mélyén elte-

[26] A Legfelső Bíróság elismerte a rádió és a televízió helyét a működő sajtóban olyan más jogi területeken is, mint a rágalmazási ügyek, ahol a sugárzott műsorok létrehozói ugyanolyan előjogokkal és felelősséggel rendelkeznek, mint amilyeneket az újságok birtokolnak. Kétségtelen, hogy az obszcenitás mércéje megállapításakor szigorúbb ellenőrzést engedtek az elektronikus média területén. Lásd *FCC v. Pacifica Found.* 438 U.S. 726 (1978). Mindamellett e nagyobb állami ellenőrzés alapja az, hogy a műsorszámmal nem megcélzott nézőt, és különösen a veszélyeztetett közönséget (például a gyerekeket) nehéz elszigetelni a sugárzott tévé- és rádióműsoroktól, és nem pedig az, hogy a televízió és a rádió nem része a sajtónak.

[27] Jerome A. Barron: Access to the Press – A New First Amendment Right. 80 *Harvard Law Review* 1461 (1967). Barron professzor továbbvitte ezeket az elképzeléseit ebben a művében: Jerome A. Barron: *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media.* Indiana University Press, 1973.

metett könyv. Egy igényes hallgató természetesen rátalálhat e véleményre, azonban jó, ha a valóság talaján maradunk a közvélemény kíváncsiságának természetét illetően. Ugyanakkor viszont, amennyiben az adott nézet vagy információ a média főáramában szerepel, és így teljesen hozzáférhető a közvélemény számára, nincs szükség tovább a hozzáférés követelésére. A szabályozás indoka így megszűnik, és a hozzáféréshez való további ragaszkodás e körülmények között immár szükségtelen, sőt, talán még követelőző is. Charles Fried metaforájával élve olyan lenne, mintha „azáltal fitogtatnánk az erőnket, hogy zászlóinkat mások zászlórúdjaira vonjuk fel”.* [28]

Tágabban szemlélve tehát az amerikai alkotmányos tapasztalat két aspektusa tűnik fel. Hogy teljesíthesse demokratikus küldetését, a sajtónak bizonyos fokú autonómiát kell kapnia, de ennek az autonómiának nem szabad eleve kizárnia a hozzáférés szabályozását. Az alapstruktúrának magántulajdonban kell lennie, de megengedhető az állami támogatások folyósítása a piac által nem teljes mértékben ellenőrzött rádióállomások vagy tévécsatornák, vagy akár minőségi véleménylapok létesítésére. A sajtót jogi doktrínáknak kell védeniük a közbeszédet elfojtó állami szabályozással (például a lázító rágalmazás vádjával) szemben, de nem azoknak, melyek az ellenkező hatást fejtik ki (például a méltányosság-doktrína). Szakmai-etikai szempontból fontos, hogy az újságírók fenntartsák az államtól való függetlenségüket, anélkül, hogy túl szorosan kötődnének a munkaadójuk gazdasági céljaihoz. A sajtónak minden alkalommal informálnia kell az embereket az előttük álló kérdésekkel kapcsolatban, és be kell mutatnia az e témákkal kapcsolatos ellentétes nézeteket. Csak ekkor lesznek a polgárok abban a helyzetben, hogy a demokrácia által ígért előjogukat gyakorolják.

* Az idézet arra az amerikai szokásra utal, hogy a kertvárosi környezetben lakók gyakran állítanak fel zászlórudat házuk előtt, amire az amerikai nemzeti, olykor a tagállami lobogót húzzák fel. *A ford.*

[28] Fried (14. lj.), 253. Fried ezt a metaforát minden olyan műsorszabályozásra alkalmazta, amelyet ő „erőszakolt műsornak” *(forced programming)* nevez, amely azon a kétséges hipotézisen alapul, hogy a közönség úgysem figyel oda sosem.

III.

Nagy a veszélye annak, hogy a rendszerváltó nyolcvankilencesek nem veszik tekintetbe az amerikai alkotmányos tapasztalat sokarcú természetét. A reformerek juthatnak arra a következtetésre, hogy a sajtószabadsághoz nem kell más, csak az államtól való függetlenség, és figyelmen kívül hagyhatják a hozzáférés-szabályozás szükségességét. Az amerikai tapasztalatok ilyetén félreértése több forrásból is táplálkozhat, beleértve a nagy pénzügyi szervezetek tevékenységét. Valószínűleg egy különös időbeli véletlen egybeesés az oka e hiedelemnek: az újjáépítés pont abban az időszakban történik, amikor ebben az országban a legtöbb gyanú merül fel a hozzáférés-szabályozás hitelességével kapcsolatban. Az 1960-as és korai 1970-es években az amerikaiak tisztában voltak a hozzáférés-szabályozás fontosságával. Az ezt követő két évtizedben viszont az aktivista állam kegyvesztetté vált, és egyre inkább a piac csodáinak megszállottjai lettünk. Ennek eredményeként a „hozzáféréshez való jog” és a demokráciára hivatkozó sajtószabályozás eszméje egyre nagyobb támadásnak lett kitéve. Félek attól, hogy a nyolcvankilences rendszerváltók, mint a politikusok általában, egy korlátozott időhorizontot szemlélnek, és a Reagan-éveket összekeverik az amerikai tapasztalatok összességével.

Amikor a nyolcvankilencesek újjáépítési vállalkozásuk során Amerikára tekintenek, egy tágabb történelmi perspektívát kellene szemlélniük. Szintén fontos lenne, hogy elsajátítsák a kritikai tisztánlátást a hozzáférés-szabályozás 1970–80-as évekbeli kritikájának értékelését illetően. Az egyik ilyen kritikát az a kétség táplálta, hogy az efféle szabályozás gazdagítja-e egyáltalán a közéleti vitákat. Voltak, akik úgy érveltek, hogy a méltányosság-doktrína bátortalanabbá tette a tévétársaságokat tudósításaikat illetően, mert attól féltek, hogy ha valamely ellentmondásos dologra tapintanak rá, akkor a későbbiekben kénytelenek lesznek lehetőséget adni a megszólított félnek a válaszadásra. Ezen elgondolás szerint a szabályozás hatása az öncenzúra egy fajtája – a szürke szólás.

Másrészt viszont, az állami beavatkozás szószólói szerint a szabályozási program egyes elemei – például a közérdekű témák bemutatását elrendelő szabály – védelmet nyújthatnak a szürke szólással szemben. E szószólók ahhoz is ragaszkodtak, hogy a méltányosság-doktrína vagy más hozzáférés-szabályozás hatásfokát összehasonlító elemzés alapján ítéljék meg. Még ha el is ismerünk némi öncenzúrát a szabályozás eredményeként, a sugárzott műsornak így is sokszínűbbnek kell len-

nie, és nagyobb mértékben kell összpontosítania a közérdekű kérdésekre, mint ha egyáltalán nem létezne a szabályozás. A hozzáférés-szabályozás hatásának teljes körű értékeléséhez nem csupán az öncenzúra egyes eseteit kell számba venni, hanem a hozzáférés-szabályozás egészét kell szemlélni, és megítélni, hogy a közérdekű témákról történő tudósítás hogy nézett volna ki e szabályozások nélkül. Csak ekkor tudjuk megítélni, hogy azok gazdagítják vagy szegényítik-e a közéleti vitákat.

A hozzáférés-szabályozás e kritikája empirikus úton ragadta meg a szabályozás valószínűsíthető hatásait, ám voltak elméletibb jellegű kritikák is. Konkrétan egyes kritikusok azzal érveltek, hogy a hozzáférés-szabályozások természetüknél fogva nem tartalomsemlegesek, és mint ilyenek, sértik a tartalomalapú szabályozás tilalmának elvét. Ezen elv azon az elképzelésen alapszik, hogy közügyekben történő döntés a nyilvánosság feladata, és hogy az állam tisztségviselőinek nem szabad meghatározniuk az egyes gondolatok értékét, vagy előnyben részesíteniük egyik nézetet a másikkal szemben egy közéleti vitában. Az állam tisztségviselőinek semlegesnek kell maradniuk a közélet ügyeiben, és hagyniuk kell, hogy az emberek hadd döntsenek úgy, ahogyan az a legjobb nekik. Az állami semlegesség kívánalma rokonszenvesnek tűnik, szilárdan gyökerezik a demokráciaelméletben,[29] ám nem látom be, hogy a hozzáférés-szabályozás gátja lenne akár az Egyesült Államokban, akár a volt keleti blokkban.

Kétségtelen, hogy a hozzáférés-szabályozásban szükségképpen megjelennek tartalomalapú ítéletek is. A műsorszabályozásban közvetlenül hozzák a tartalmi ítéleteket; a strukturális szabályozásban áttételes módon. Tekintettel a forrásszűkösségre és a témák, továbbá a nézetek sokféleségére, az állami tisztségviselők nem kerülhetik el az olyasfajta döntéseket, mint hogy ítéletet alkossanak bizonyos nézetekkel kapcsolatban, hogy milyen támogatásokat utaljanak ki, hogy a műsorszolgáltatási engedélyek kiadásakor milyen csoportoknak kedvezzenek, vagy hogy mely témákat kell közérdekű témáknak tartani. Ám e tartalomalapú ítéletek célja nem egy meghatározott eredményre irányul, hanem arra, hogy védelmezze a közös vita és döntéshozatal folyamatát. A hozzáférés-szabályozás kialakítása és érvényesítése során az állam mint parlamenter cselekszik, és célja ekkor biztosítani a közvélemény teljes mértékű tájékozottságát. Mintha csak az állam azt mondaná, hogy „ezt a nézetet már hallottuk néhányszor" vagy „hallgassuk meg a másik oldalt is".

A parlamenterként cselekvő állam ebbéli szerepében nyilvánvalóan az elhangzottak tartalmát veszi szemügyre. Ugyanakkor a tartalmi semlegességet elrendelő

[29] Lásd T. M. Scanlon, Jr.: Content Regulation Reconsidered. In: Judith Lichtenberg (szerk.): *Democracy and the Mass Media.* Cambridge University Press, 1990. 331.; Geoffrey R. Stone: Content-Neutral Restrictions. 54 *University of Chicago Law Review* 46 (1987). Lásd általában Kalven i. m. (2. lj.).

szabály nem szabad, hogy megakadályozza az államot ebben; hogy pontosan értsük, a szabály csak az olyan tartalmi ítéleteket tiltja, amelynek nincs más célja vagy funkciója, mint hogy formálják a végeredményt. Természetesen minden szabályozási folyamat hat valahogyan a folyamat kimenetelére. Ám a döntést, melyet a demokratikus elmélet igyekszik az állami befolyástól elszigetelni, alapos vitának kell megelőznie, nem egyoldalú vagy felületes vitának. Bár a jól értesült polgár vélhetően más döntést hoz, mint a tájékozatlan, az állam polgárait felvilágosító és ezáltal más közéleti döntéseket eredményező szerepe egyáltalán nem összeegyeztethetetlen a demokrácia elveivel.

Ravasz politikusok természetesen mindig azt fogják mondani, hogy a folyamatot akarják szabályozni, amikor igazából a kimenetel szabályozása a céljuk. Az ilyen manipuláció veszélye intézményi megoldást igényel, amely kiveszi a program- vagy strukturális szabályozást azok kezéből, akik a leginkább érdekeltek bizonyos politikai eredményekben, és olyan intézmények kezébe adja, amelyeket viszonylag távolra helyeztek a politikától. Az Egyesült Államokban például a méltányosság-doktrína felügyeletét és a frekvenciagazdálkodás feletti ellenőrzést az FCC kezébe adtuk, nem pedig az elnök vagy a Kongresszus kezébe. Hasonlóképp, létrehoztunk egy független állami vállalatot, a Közszolgálati Műsorszolgáltató Társaságot *(Corporation for Public Broadcasting),* hogy felügyelje a törvényhozás által finanszírozott rádióállomásokat és tévécsatornákat. A vállalat a Kongresszus által kiutalt éves költségvetésből gazdálkodik, de minden más tekintetben független az elnök vagy a Kongresszus közvetlen hatáskörétől.[30]

Ezek az intézkedések egy régi amerikai hagyományon, a huszadik század elejéről eredeztethető független, szabályozó intézményeken alapulnak. Nyilvánvaló, hogy a volt keleti blokk új demokráciáiban nincs ilyen hagyomány, amelyhez vissza lehetne nyúlni, és ezért különösen találékonyaknak kell lenniük. Új intézményeket kell létrehozniuk, amelyek az állam részei, és mégis függetlenek a politikai

[30] A törvény szerint a Közszolgálati Műsorszolgáltató Társaság *(Corporation for Public Broadcasting)* nagyrészt független a Kongresszus vagy a végrehajtó hatalom fennhatóságától. A 47 U.S.C. § 398(a) megtiltja „az Egyesült Államok bármely minisztériuma, hivatala, tisztségviselője vagy alkalmazottja számára, hogy a közmédia és a Társaság, vagy bármely, a Társaság által támogatott vagy vele szerződött fél számára, hasonlóképp a Társaság alapító okirata és működési szabályzata tekintetében bármiféle utasítást adjon, felügyeletet vagy ellenőrzést gyakoroljon." Intézkedéseket hoztak annak érdekében, hogy a Társaság kevésbé legyen a pártpolitikának kitéve. A Társaság igazgatótanácsának tagjait az elnök nevezi ki és a szenátus hagyja jóvá, ám a 47 U.S.C. § 396(c)(1) (1994) rendelkezés értelmében a testület tíz tagjából legfeljebb hatan tartozhatnak azonos politikai párthoz. Lásd általában Steven D. Zansberg: „Objectivity and Balance" in Public Broadcasting: Unwise, Unworkable, and Unconstitutional. 12 *Yale Law Journal & Policy Review* (1994) – érvelése szerint a Közszolgálati Műsorszolgáltató Társaság finanszírozását megújító törvény 1992-es „objektivitás és kiegyensúlyozottság" kiegészítése alkotmányellenes, és összeegyeztethetetlen az állami pénzből finanszírozott közmédia céljaival.

befolyástól. E feladat magától értetődő nehézségei igazán ijesztőek, különösen azt tekintetbe véve, hogy a félmúltban a totalitárius rendszer minden intézményt politikai ellenőrzés alá vont. Mégis, ez a feladat semmivel sem nyomasztóbb, mint létrehozni a fejlett kapitalizmus intézményeit az államszocializmus romjain – gondoljunk csak a bankrendszerre vagy az értékpapírpiacra.

Még az ilyen független intézmények és szervezetek felállítása esetén is fennáll a kockázat, hogy a tartalmi ügyekben hozott ítéletek nem a közéleti viták épségének megóvását, hanem épp ellenkezőleg, azok csökevényesítését szolgálják, egy meghatározott kimenetel érdekében. A szabályozók azt mondják ugyan, hogy azt szeretnék, hogy a közvélemény minden oldalt meghallgasson mondjuk egy adóügyi törvényjavaslat kapcsán, de csak a törvény támogatóinak adnak lehetőséget a megnyilatkozásra, vagy korlátozzák az üzleti érdekek szólását, mivel azt akarják, hogy az adott intézkedés életbe lépjen. Az elferdített végeredmény esélyét lehet minimalizálni, de teljesen kiiktatni nem. Másrészt viszont egy erős megelőző szabály elfogadása által – egy olyané, amely teljesen megfosztja az állam tisztségviselőit attól, hogy tartalmon alapuló ítéletet hozzanak – az állam egyszerűen hagyná, hogy a vitát teljes mértékben a piac uralja, amely természetesen nem semleges a tartalom tekintetében. A piaci részrehajlás nem állami tisztségviselők célzott cselekvései révén jön létre, hanem üzletemberek versengéséből származik. A jelenség a demokrácia szempontjából ettől még ugyanannyira aggasztó. A demokrácia teljes és nyílt vitát kíván minden olyan témában, amely fontos a közvélemény számára. A vita bármely korlátozása fenyegeti a demokráciát, függetlenül a beavatkozó entitás kilététől vagy a beavatkozás sajátságos természetétől.

A hozzáférés szabályozása nem csupán az államtól követeli meg, hogy tartalmi ítéleteket hozzon, hanem olykor – különösen a műsorszabályozás esetében – egy-egy laptól, rádióállomástól vagy tévécsatornától is megköveteli olyan üzenetek közzétételét, amelyeket e vállalatok tulajdonosai gyűlöletesnek tartanának. E követelmények célja nem az, hogy megbüntesse vagy megalázza az újságot, mert az botrányos beszámolót közölt, hanem az, hogy növelje a közvélemény számára elérhető információk és nézetek mennyiségét. Mégis, egyes kritikusok megkérdőjelezik, hogy az efféle kényszer összeegyeztethető-e azon egyéni szabadság szavatolásával, hogy senkinek nem kell olyan eszméket támogatnia, amelyeket sértőnek tart. Az Egyesült Államokban ez az elv a nevezetes *West Virginia Board of Education v. Barnette*[31] legfelső bírósági ítéletben nyert megfogalmazást, más vonatkozásban pedig a demokrácia szükséges folyományának tekinthető.

A háború kellős közepén, 1943-ban hozott *Barnette*-ítélet a lelkiismereti szabadság és a vallásszabadság erőteljes megerősítése volt. A Legfelső Bíróság nem volt hajlandó kapitulálni az országon akkoriban átsöprő hazafias buzgalom

[31] 319 U.S. 624 (1943).

előtt, és védelmébe vette a kisiskolásokat, akik számára kötelezővé akarták tenni az amerikai lobogó előtti tisztelgést. Ezek a gyerekek, akik a Jehova Tanúi egyház tagjai voltak, összeegyeztethetetlennek tartották hitükkel az ország zászlója előtt tett hazafias eskütételt *(pledge of allegiance)*.[32] A Legfelső Bíróság döntése nem tűnik olyannak, mint ami az általam tanácsolt szabályozási elképzelésekre is vonatkozna. Igazából abban az időben, amikor megalkották a hozzáférés-szabályozásokat, sosem támadták őket a *Barnette*-hez hasonló alapon. Ugyanakkor a kései 1980-as években a Legfelső Bíróság a *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission*[33] esetben a szólás megtagadásához való jogot kiszakította eredeti kontextusából, és arra használta, hogy a Kalifornia állam által alkotott, a közművekre vonatkozó hozzáférés-szabályozást érvénytelenítse, súlyos kétségeket ébresztve ezzel mindenfajta hozzáférés-szabályozás érvényességét illetően.

A *Pacific Gas*-esetben egy energiaszolgáltató cég támadott meg egy előírást, amely arra kötelezte a vállalatot, hogy a fogyasztóknak küldött gázszámlák szabadon maradó felületein engedje egy közhasznú szervezet üzeneteit megjelenni, hogy azok így érjék el a közönséget. Ezeket az üzeneteket a számlaboríték felületén helyezték el, így azok nem emelték a küldemény postai költségét. Az energiaszolgáltató cég ezt a felületet korábban saját hírlevele megjelenítésére használta, amíg a közműbizottság el nem rendelte, hogy évente négyszer a közhasznú szervezet üzenetei számára kell azt biztosítani. Válaszképpen a Legfelső Bíróság felidézte a *Barnette*-elvet, és azt a következtetést vonta le, hogy a közműbizottság megsértette a szabad szólásnak az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt védelmét.

Azonnal nyilvánvaló volt a *Pacific Gas* jelentősége a sajtó műsorszabályozását tekintve. A többségi vélemény szerzője, Powell legfelső bírósági bíró a testület egy korábbi ítéletére hivatkozott következtetését alátámasztandó, amely érvénytelenítette Florida állam rendeletét a válaszadás jogának biztosításáról, és 1987-ben az FCC értelmezésében a *Pacific Gas* azt jelentette, hogy el kell törölnie a méltányosság-doktrínát.[34] Ha sérti az Első Alkotmánykiegészítést az, hogy egy közművállalatnak olyan üzenetet kell közzétenni a számlaborítékon, amelyet sérelmez, érvelt az FCC, akkor az, ha egy tévécsatornának olyan üzeneteknek kell helyet adnia programjában, amelyeket sérelmez, szintén sérti az Első Alkotmánykiegészítést. Véleményem szerint mind a Legfelső Bíróság ítélete a *Pacific Gas* ügyben, mind pedig annak az FCC általi kiterjesztése a sajtóra megkérdőjelezhető.

[32] Uo. 629.

[33] 475 U.S. 1 (1986).

[34] Syracuse peace Council, 2 F.C.C.R. 5043, 5057, 5070, n.227, 5071 nn. 241–46 (1987), megerősíti 867 F.2d 654 (D.Cir. 1989).

Egy olyan társadalomban, ahol a sajtó magánkézben van, a műsorszabályozás vagy az állam által megkövetelt hozzáférés csorbítják a magántulajdonhoz fűződő jogokat, és csökkentik magántulajdonban lévő dolgok piaci értékét. Az előírásra közölt üzenetek vagy műsorok a kiadó vagy a csatorna által jövedelmezőbbnek ítélt cikkeket vagy műsorokat szoríthatnak ki. A kiszorított üzenetet csak akkor tudják közreadni, ha plusz oldalakat adnak a laphoz, vagy a napi sugárzási időt növelik valahogy. Lehet, hogy a gazdasági veszteség csekély, de mégis veszteség.

Egyesek erre a gazdasági veszteségre úgy tekintenek, mint ami a kompenzálás kötelességét rója az államra azon alkotmányos elv alapján – amely amúgy közhely a kapitalista társadalmakban –, hogy a tulajdon nem sajátítható ki közösségi használatra kompenzáció nélkül. Ugyanakkor viszont a Legfelső Bíróság visszautasított egy kártérítési keresetet egy másik esetben, amely egy megint más jellegű hozzáférés-szabályozással volt kapcsolatos – Kalifornia állam megkövetelte a plázák tulajdonosaitól, hogy a tulajdonukat képező bevásárlóközpontokban tegyék lehetővé politikai aktivisták számára, hogy azok üzenetüket eljuttathassák a közvéleményhez.[35] A Legfelső Bíróság úgy határozott, hogy a gazdasági veszteség, melyet az állam elvárása okozott (a tiltakozó tevékenységek egyes vásárlókat elriaszthatnak), csupán korlátozás volt, nem pedig a tulajdon elvétele. E következtetés levonása során a Legfelső Bíróság nagy súlyt fektetett a szabályozás általános alkalmazhatóságára.

A *Pacific Gas* bölcs módon nem kérdőjelezte meg ezt a döntést. A Legfelső Bíróság egyetlen tagja sem vélte úgy, hogy a közműbizottság szabályozása az energiaszolgáltató tulajdonának elvételét jelentette volna. Valószínűleg ugyanez az eredmény születne a sajtóval kapcsolatos esetekben, vagy olyan gazdasági vállalkozások esetében, amelyek nem rendelkeznek állam által juttatott monopóliummal. Ha nem minősül elvételnek a bevásárlóközponthoz vagy a gázszámlaborítékhoz hozzáférést elrendelő döntés, akkor a sajtó által elszenvedett gazdasági veszteség sem az, amikor hozzáférést rendelnek el a laphoz. Bár a gazdasági veszteség ténye valóban fennáll, az üzlet állami szabályozása általában hasonló veszteséggel jár, és egyetlen olyan különleges feltétel sem forog fenn, amelyek miatt a korlátozás elvételnek minősülne.

A szabad szólás meghivatkozása nem csupán a gazdasági veszteségből adódik, hanem abból is, hogy a tulajdonos olyan eszméket köteles támogatni, amelyekkel nem ért egyet vagy éppen kimondottan gyűlöl. Ugyanakkor nehéz ezt az ellenvetést olyan, megvalósítható alkotmányos elvvé alakítani, amely ne fenyegetne a modern demokratikus állam lerombolásával. Az egész adórendszer azon az elképzelésen alapul, hogy az állampolgároktól beszedett adó olyan tevékenységekre is fordítható, amelyek ellenszenvesek számukra; ilyen például a háború, a felvonu-

[35] *PruneYard Shopping Center v. Robins,* 447 U.S. 74 (1980).

lások, az állami egyetemek egyes előadásai, vagy akár vitatott könyvek közkönyvtárak polcain. Az efféle kötelező anyagi támogatás állampolgári kötelesség, szükséges a közösség céljainak megvalósítása érdekében, amelyek közé a hozzáférés-szabályozás esetében a demokratikus folyamat maga is tartozik. Az egyén tulajdonának indokolt felhasználása olyasmire, amit ő maga viszolyogtatónak talál, olyan ár, amit a demokráciáért szükségszerűen meg kell fizetnünk.

A Legfelső Bíróság ezt az elméletet igazolta haloványan a *Pacific Gas*-ban. Powell bíró készségesen elismerte, hogy ki lehet vetni a közcélú szervezeteket támogató adót az energiaszolgáltató cégre.[36] Tekintetbe véve ezt az állítást, aligha érthető a tiltakozás a gázszámla borítékjához a közcélú szervezetnek biztosított közvetlen hozzáférés ellen. Nincs funkcionális különbség aközött, hogy egy közcélú szervezet számára biztosítanak egy általában az energiaszolgáltató cég által használt felületet, aztán kötelezik a vállalatot a postai többletköltségek megfizetésére, és aközött, amikor megadóztatják a vállalatot, majd a pénzt a közcélú szervezetnek adják, hogy terjessze az eszméit. Semmilyen alkotmányos különbség nincs a tulajdon és annak gazdasági értéke között, vagy – általánosabban szólva – a műsorszabályozás és a strukturális szabályozás között.

A tulajdon bizonyos elemeihez biztosított hozzáférés – egy plázához, borítékhoz, újsághoz, rádióállomáshoz vagy tévécsatornához – természetesen hordozza a téves képzettársítás veszélyét, amely az adóztatás esetében nem áll fenn. Egyes olvasók, nézők a közzétett üzenettel szembesülve az gondolhatják, hogy az a kiadó vagy a rádióállomás véleményét tükrözi, nem pedig azon személyét vagy szervezetét, aki számára a hozzáférést biztosították. Ennélfogva a *Pacific Gas*-ban hivatkozott jogot gyakran kényszerű társulás elleni jogként definiálják, nem pedig a nem szólás jogaként (mint ahogy a *Barnette* esetben szerepel). Ugyanakkor, mint azt a bevásárlóközpont esete is tanúsítja, kevesen tulajdonítanák a közüzemi vállalatnak, a kiadónak vagy a tévécsatornának a hozzáférésben részesítettek által megjelenített üzenetet. Akárhogy is, a téves társítás veszélye azt követelné, hogy a megjelenített üzenetet egészítsék ki egy megjegyzéssel, nem pedig a hozzáférés megtagadását. Ha megköveteljük egy szervezettől, hogy tisztázó nyilatkozatot adjon ki a megjelenített üzenet szerzőjét illetően – például, hogy „az itt megjelenített nézetek nem a rádióállomás véleményét tükrözik" –, azzal szólásra kényszerítjük a szervezetet, de nem azon a módon, ahogyan a *Barnette*-beli gyerekkel tettük. Ez a szólás nem táplálja a vaskalaposságot; ez épphogy annak ellenkezőjét teszi lehetővé.

Ahogy a tartalmi alapú szabályozást megtiltó szabályt, úgy a szólás elkerülésének jogát védő szabályt sem szabad a hozzáférés-szabályozás tiltásaként értelmezi. Mindkét szabálynak fontos szerepe van a demokratikus társadalmakban, ám

[36] *Pacific Gas,* 475 U.S. at 19.

e szabályok pontos értelmezési tartományát nagyon pontosan kell körülírni. Nem szabad úgy értelmezni őket, mint a közéleti vitát gyarapító, és ezáltal a sajtó demokratikus szerepének betöltését lehetővé tevő állami szabályozás gátjait. Mi az Egyesült Államokban gyakran megfeledkeztünk erről a dologról, és az elmúlt húsz évben e két elvet arra használtuk, hogy megkérdőjelezzük a hozzáférés-szabályozást, és különösen a műsorszabályozást. Csak reménykedhetünk abban, hogy a volt keleti blokk országainak újjáépítési folyamatai során ez a tapasztalat nem ismétlődik meg.

A szabad sajtó létrehozása során jó, ha a reformerek az amerikai tapasztalatokra függesztik tekintetüket, azonban ezt szelektív módon kellene tenniük. Úgy kell megteremteniük az állammal szemben a sajtó autonómiáját, hogy a sajtót közben ne tegyék ki maradéktalanul és teljes mértékben a piaci viszontagságoknak. A szigorú és könyörtelen privatizáció, a hozzáférés-szabályozás rideg elutasítása tekinthető a múltbéli diktatúrától való eltávolodásként, de még mindig nagyon messze van 1989 álmaitól.

Köszönetnyilvánítás

A Yale Law Schoolon az 1980-as évek közepe óta tartottam kurzust a szólásszabadságról. E kötet majd' minden esszéje az ott folyó szenvedélyes vitákból nőtt ki, és szeretnék köszönetet mondani a sok-sok diáknak, akik részt vettek e vitákban – azoknak, akik buzdítottak és azoknak is, akik hevesen ellenszegültek. E diákok közül kettő – Andrew L. Saphiro és Oliver S. Sultan, mindketten az 1995-ös évfolyamból valók – fejében fogant meg először ennek a gyűjteménynek az ötlete, és elsősorban ők felelősek a létrejöttéért. Rettentően hálás vagyok nekik; nemcsak az eszükért és a rokonszenvükért, de a munkával együtt töltött vidám órákért is. Ez a könyv és a benne található esszék számos kolléga, barát, asszisztens és szerkesztő meglátásainak, erőfeszítéseinek is sokat köszönhetnek; ők Bruce Ackerman, Amy M. Adler, Akhil Reed Amar, Jennifer K. Brown, Patricia L. Cheng, Sunny Yao-Chung Chu, Joshua Cohen, Gadi Dechter, Elizabeth E. deGrazia, Charles Fried, Mark K. Friedman, Gayton P. Gomez, Matthew S, Haiken, Donald W. Hawthorne, Daniel G. Hildebrand, Jamie Kalven, Alvin K. Klevorick, Christopher Kutz, Catharine A. MacKinnon, Burke Marshall, Frank I. Michelman, Nina T. Pirrotti, Robert C. Post, Monroe E. Price, George L. Priest, Richard C. St. John, Thomas Scanlon, Reva B. Siegel, Robert James Slaughter, David F. Solomon, Anne P. Standley, Martin J. Stone és Cass R. Sunstein. Ha azokra pillantok, akik körülvesznek engem, szerencsésnek érzem magam. Végül hadd emeljem ki titkáromat, Lorraine E. Neagle-t azért a különleges hozzáállásért és hozzájárulásért, melyet e kötettel és általában a munkámmal kapcsolatban tanúsít. Neki köszönhető az a lelkesedés, amely elöntött mindannyiunkat.

Kötéltánc a szabadság és egyenlőség között

Owen Fiss könyvéről Magyarországon, elkésve, de nem megkésve

I. Fiss téziseinek összefoglalása

Fiss műve az Egyesült Államok szólásszabadság-jogi irodalmának sztenderdjeihez mérten akár radikálisnak is nevezhető. Mondanivalójának lényege, hogy az állam – amely törvényalkotási felhatalmazása folytán szabályozni tudja a szólásszabadság és a média területét is, illetve amely a kormányzaton, a bíróságokon és a különféle hatóságokon keresztül felügyelni tudja a szabályozás betartását, valamint képes korrekciókra, amennyiben az szükségessé válik – a szólásszabadság barátja (elősegítője, támogatója) is lehet. Nagy gondolati ugrás ez a korábbi „bevett" dogmától, miszerint az államtól óvakodni kell, mert potenciális elnyomó hatalmánál fogva a szólásszabadság indokolatlan korlátozására is képes. Az államot (kormányzatot, hatóságokat, bárkit, akinek a cselekvése az államnak „tudható be") folyamatosan szemmel kell tartani, és aggodalommal, óvatossággal, fenntartással kell fogadni minden olyan lépést, amely alkalmas a szólásszabadság csorbítására, történjen az bármely – akár legitim vagy morálisan vállalható – indokkal.[1] Azaz, a szólásszabadságot bármely okból és bármilyen mértékben korlátozó lépés esetén a vélelem amellett szól, hogy az nem elfogadható. Természetesen vannak helyzetek, jogszabályokban általánosított problémák, amelyek esetén a korlátozás nem megengedhetetlen, de ezek köre szűk.

Fiss ezzel szemben a szólásszabadság területén az állami szerepvállalás mellett érvel. Nem arról van szó, hogy maga nem ismeri fel az állam potenciális elnyomó jellegét, hanem arról, hogy kiemeli az állam azon képességeit, amelyeket a szólásszabadság korábbi védelmezői nem láttak meg, vagy nem tulajdonítottak nekik nagy jelentőséget. Az állam ugyanis képes lehet a szólásszabadság gyakorlásakor

---

[1] L. pl. Vincent Blasi: The Checking Value in First Amendment Theory. *American Bar Foundation Research Journal* (1977) 521.

felmerült negatív, káros jelenségek kiküszöbölésére. E káros jelenségek a „gondolatok piacának" szabályozatlan (szabályozni nem engedett) jellegéből fakadnak.

A Legfelső Bíróság legendás bírája, Oliver Wendell Holmes szerint „a kívánt legfőbb jó a gondolatok szabad áramlása útján érhető el – az igazság leghatékonyabb próbája annak ereje, hogy elfogadtassa magát a gondolatok piacának versenyében..."[2] A *marketplace of ideas* paradigmája óriási hatást gyakorolt a szólásszabadság jogának amerikai fejlődésére. A későbbiekben erre is alapozva semmisített meg a Legfelső Bíróság számos olyan jogszabályt és bírósági döntést, amelyek a szólás szabadságába történő állami beavatkozást tettek lehetővé, hivatkozván a „piac" korlátozatlanságára. E felfogás szerint az igazsághoz egyedül elvezető út a gondolatok szabad piacának megteremtése, amelynek elsőszámú potenciális ellensége az állam.

A szólásszabadságnak minden korlátozástól való mentessége kétféle módon vet fel problémát: egyfelől, a jog gyakorlása más, hasonlóan fontos és védelemre érdemes jogot sérthet (pl. személyhez fűződő jogok, közösségek, gyermekek, fogyasztók védelme), másfelől a külső beavatkozástól mentes „véleménypiac" (a média területén) könnyen előidézhet igazságtalan, mi több, a közösség számára káros helyzeteket, koncentrálhatja vagy monopolizálhatja a véleményeket, elzárhat egyeseket a „piacra" való „belépéstől".

Közkeletű vélekedés szerint a média nélkül nem működhet a demokratikus társadalom sem; a szabad média egyszerre a demokrácia előfeltétele és a demokráciához vezető út egyik erős építőköve. A modern társadalom számára a média a közösség agorája, legalábbis az ókori athéni piactérhez hasonló képződmény, a tekintetben, hogy a polgárok a médián keresztül szerzik információik legtöbbjét, cserélnek egymással eszmét, értesülnek mások véleményéről. A média vonatkozásában tehát a „piaci kudarc" jóval súlyosabb következményekkel jár, mint a szólásszabadság általános esetében (médián kívüli gyakorlásakor).

Mindebből fakadóan a szólás- és a sajtószabadság egyik – Fiss által is vallott – értelmezése szerint a jog tartalmának megállapításakor ezen érdekek közötti egyensúlyozásra van szükség. Mivel mára egyértelműen kiderült, hogy a „piac láthatatlan keze" nemcsak a gazdaságban, hanem a vélemények piacán sem működik megfelelően. Ki más vállalhatná magára az egyensúly megtalálásának szerepét, ha nem az állam?

A „piaci kudarc" miatti állami beavatkozás szükségszerűségét Fissen kívül sokan mások is felismerték az Egyesült Államokban. Az első tekintélyes megszólaló e vitában Alexander Meiklejohn volt, akihez minden mai szerző is ref-

[2] *Abrams v. United States,* 250 US 616 (1919), 630–631.

lexszerűen visszanyúl.[3] A média vonatkozásában Edwin Baker is sürgette az állami szerepvállalást, a közzétett vélemények sokszínűségének érdekében,[4] Cass Sunstein pedig New Dealt, azaz erőteljes állami beavatkozást követelt a szólásszabadság számára a Fiss által is problematikusként azonosított területeken.[5] Fiss nincs tehát egyedül az Egyesült Államokban sem, de a nézeteivel szimpatizálók – egyáltalán, a szólásszabadsággal kapcsolatos *mainstream* jogi gondolkodástól eltérni kívánók – így is egy szűk akadémiai kisebbség tagjai.[6] Figyelemre méltó jelenség, hogy a megjelenésüket követő néhány év elteltével a szólásszabadság amerikai kutatói mintha elfeledkeztek volna Fiss írásairól (és Sunsteinéiről is); néhány vitacikket és recenziót leszámítva inkább nem vesznek tudomást a bennük felvetett javaslatokról, a *mainstream*től eltérő elméleteikről. Ékes példája ennek az a vita, amelynek eredménye a *Virginia Law Review* és a *Constitutional Commentary* folyóiratok hasábjain jelent meg 2011-ben;[7] előbbi a szólásszabadság és a részvételi demokrácia, utóbbi a szólásszabadság és az egyéni autonómia kapcsola-

[3] Alexander Meiklejohn: *Free Speech and its Relation to Self-Government.* New York, Harper and Brothers, 1948.; uő.: The First Amendment is an Absolute. 1961 *The Supreme Court Review* 245; uő.: *Political Freedom – The Constitutional Powers of the People.* New York–Oxford, Oxford University Press, 1965 (2. kiadás).

[4] Edwin C. Baker: *Human Liberty and Freedom of Speech.* New York–Oxford, Oxford University Press, 1989.; uő.: Private Power, the Press, and the Constitution. 10 *Constitutional Commentary* (1993) 421.; uő.: Giving the Audience What it Wants. 58 *Ohio State Law Journal* (1997) 311.; uő.: The Media that Citizens Need. 147 *University of Pennsylvania Law Review* (1998) 317.; uő.: *Media, Markets, and Democracy.* Cambridge University Press, 2002.; uő.: *Media Concentration and Democracy. Why Ownership Matters.* Cambridge University Press, 2007.

[5] Cass R. Sunstein: *Democracy and the Problem of Free Speech.* New York, Free Press, 1995 (2. kiadás); uő.: The First Amendment in Cyberspace. 104 *Yale Law Journal* (1995) 1757.; uő.: Television and the Public Interest. 88 *California Law Review* (2000) 501.; uő.: The Future of Free Speech. In Lee C. Bollinger – Geoffrey R. Stone (szerk.): *Eternally Vigilant – Free Speech in the Modern Era.* Chicago, University of Chicago Press, 2002.; uő.: *Republic.com 2.0.* Princeton University Press, 2007.

[6] A *mainstream* álláspont kimozdíthatatlanságának problémáiról L. Frederick Schauer: Az Első Alkotmánykiegészítés mint ideológia. *In Medias Res*, 2012/1. [The First Amendment as Ideology, 33 *William and Mary Law Review* (1992) 853.], valamint Marvin Ammori: Another Worthy Tradition: How the Free Speech Curriculum Ignores Electronic Media and Distorts Free Speech Doctrine. 70 *Missouri Law Review* (2005) 59. A Fiss nézeteivel szimpatizáló recenziók közül kiemelésre érdemes Morris Lipson: Autonomy and Democracy. 104 *Yale Law Journal* (1994–95) 2249. és William G. Buss: The Government as Friend and Protector of Free Speech. 82 *Iowa Law Review* (1996-97) 301.

[7] *Virginia Law Review*, Vol. 97. No. 3. (May 2011) és *Constitutional Commentary*, Vol. 27. No. 2. (Fall 2011).

táról közölt 12, illetve 11 hosszabb-rövidebb cikket. Emberi számítás szerint Fiss munkáival mindkét témakörben foglalkoznia kellett volna a neves szerzőgárda legalább némely tagjának, ehhez képest a nevét a két folyóiratban összesen egy alkalommal említik, és egyetlen művére sem történt hivatkozás. Ez akkor is meglepő (sőt, mondhatni, még meglepőbb), ha elfogadjuk azt, hogy Fiss nézetei többnyire kívül állnak a szólásszabadság kutatásának „bevett kánonján" (hangozzék utóbbi kifejezés bármennyire paradoxonként is).[8]

Fiss szerint a szólásszabadság (azaz az amerikai Alkotmány Első Kiegészítése) elsődleges célja a közös társadalmi döntéshozatal elősegítése. Ettől a céltól meg kell különböztetni a szólásszabadságnak az egyéni autonómia kibontakoztatásában játszott szerepét. Utóbbit általában a „beszélő" (a véleményt nyilvánító) szempontjából szokás értelmezni, és a szólásszabadság korlátozása elleni egyik legfőbb érv, hogy azáltal a közlő autonómiája is csorbulna. Fiss ugyanakkor szintén jelentős súlyt helyez az egyéni autonómiára, de elméletében a közlőéhez képest fontosabb a „hallgató" (a közönség, a vélemény címzettjének vagy befogadójának) autonómiája. Azaz, a közös társadalmi döntéshozatalhoz, az egyes polgárok megalapozott döntéseihez elengedhetetlen, hogy azok a szükséges információk birtokában legyenek, és találkozzanak az egyes ügyekhez kapcsolódó különféle véleményekkel; autonómiájukhoz tehát a gondolatok olyan piacára van szükség, amelyben az állam biztosítja ezeknek a közönséghez való eljutását.

Fiss szerint állami beavatkozás nélkül a sokszínű, gazdag közéleti vita sem létezhet, mert előadódnak helyzetek, amikor a szólásszabadság gyakorlása elnyomja más hangját (mint a gyűlöletbeszéd vagy a pornográfia egyes formái), vagy amikor a piaci érdekek szorítják ki az eltérő véleményeket (mint az üzleti vállalkozásként működő média esetében).

Fiss tehát a szólásszabadság libertárius felfogásával ellentétben a kollektivista felfogás mellett érvel, amely utóbbi ugyanakkor egyidejűleg az egyéni autonómia értékét is fundamentumának tekinti – csak éppen nem a közlői, hanem a befogadói oldalon. A szabadság értéke mellé helyezi – azonos súllyal – az egyenlőség értékét. Álláspontja szerint a szólásszabadságot kizárólag az utóbbit is szem előtt tartva értelmezhetjük helyesen. Az egyenlőség szempontja a kötet valamennyi, egymáshoz csak lazán kapcsolódó tanulmányában alapvető fontosságú, bár az egyes kontextusokban mást és mást jelenthet.

[8] Ugyanakkor megjegyzendő, hogy Európában egyes regionális vagy állami szintű jogi megoldás alátámasztására Fiss műveit, elméletét kiválóan lehet alkalmazni. L. pl. Herdis THORGEIRSDÓTTIR: *Journalism worthy of the Name. Freedom Within the Press And the Affirmative Side of Article 10 of the European Convention on Human Rights.* Leiden, Brill Academic Publishers, 2005.

Fiss elméletét részben olyan témák köré építi fel, amelyekről Magyarországon és egész Európában sokat vitatkoztunk már (mint amilyen a gyűlöletbeszéd vagy a tömegmédia társadalomban betöltött szerepe, és megfelelő állami szabályozása), részben olyan kérdéseket feszeget, amelyek – legalábbis az Egyesült Államokhoz hasonló módon – kevésbé álltak a szólásszabadságról folytatott viták fókuszában. A gyülekezési joggal kapcsolatban például Magyarországon evidencia, hogy szélesebb körben korlátozható, mint a szólásszabadság (akár a közlekedés rendjének zavartalansága miatt is), de az Egyesült Államokban a *public forum* doktrínája jóval cizelláltabb, mint bármely európai országban. Hasonlóképp, az Egyesült Királyságot leszámítva a pornográfia erőszakos, megalázó formája, egyes obszcén kifejezések önmagukban nem vetnek fel szólásszabadságjogi kérdést, és amennyiben más jogsértést nem valósítanak meg (például nemi erőszakot, pedofíliát, médiaszabályozásbeli tiltást), önmagukban nem korlátozhatóak. Azaz, miközben Fiss következetesen végigvezeti az olvasót a szabadság és egyenlőség viaskodásain, betekintést enged az amerikai szólásszabadságjog finom részleteibe is.

Fiss az egyenlőség fenntartása érdekében az államhoz fordulna. Egy másik – szintén 1996-ban megjelent – művében „a szólásszabadság iróniájának" nevezi azt, hogy a szabadság helyes értelmezése a szabadság korábbi rettegett ellenfele, az állam segítségét igényli.[9] A kötetben is szereplő, egy budapesti konferencia-előadáson alapuló tanulmányában pedig az egykori szocialista államok polgárait figyelmezteti annak árnyoldalaira, ha a nyugati médiaszabályozási normákat kritikátlanul veszik át. Megállapítása értelmében a szabad médiapiac teremtő ereje által életre hívott médiaviszonyok sok tekintetben a totalitárius rendszerekben megszokottakhoz hasonlatosak.[10]

Mint mondtuk, Fiss gondolatvilága nem az amerikai szerzők *mainstream* vonalához igazodik. Az Egyesült Államok Legfelső Bíróságának is mindössze egyetlen olyan döntése van, amely egészében „európainak" tekinthető (a híres *Red Lion*-ügyről[11] Fiss is említést tesz művében). Éppen ezért mind a kötetben szereplő egyes tanulmányokat, mind a gyűjteményt, mind pedig másik említett, 1996-os könyvét heves (akadémiai) támadások érték.

[9] Owen M. FISS: *The Irony of Free Speech.* Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.

[10] Owen M. FISS: Building a Free Press. In: SAJÓ András – Monroe E. PRICE (szerk.): *Rights of Access to the Media.* Boston, Kluwer Law International, 1996. (L. a *Megosztott liberalizmus* 8. fejezetét.)

[11] *Red Lion Broadcasting v. FCC,* 395 US 367 (1969).

II. Fiss kritikusai

Fiss legtekintélyesebb amerikai kritikusa kétségkívül Robert Post, aki több tanulmányban is vitatkozott nézeteivel.[12] Post szerint az egyéni autonómiát nem lehet elválasztani a közös társadalmi döntéshozataltól *(collective self-determination)*. Az egyén autonómiája szorosan kapcsolódik ahhoz, és az egyén akkor tud azonosulni a közösen meghozott döntéssel, ha a döntéshozatal mechanizmusa valahogy kötődik *(connected)* saját egyéni döntéshozatalához (önrendelkezéséhez), abban ő korlátozás nélkül részt vehetett.[13] Azaz, ha ezt az autonómiát (a szólásszabadságot) korlátozzuk, a többségi döntéssel való azonosulás annak részéről, aki a korlátozást elszenvedte, ellehetetlenül. Post tehát vitatja azt, hogy Fiss a fókuszt a „beszélő" autonómiájáról a „hallgató" autonómiájára helyezte át. Ugyanakkor megítélésem szerint Fiss teóriája nem feltétlenül összeegyeztethetetlen Post kritikájával. Egyfelől Fiss gondolatmenetének középpontjában a szabadság és az egyenlőség egyensúlya áll; azt a gondolatot kívánja az olvasóval elfogadtatni, hogy az egyenlőség érdekében a szabadság korlátozható, és ezáltal az egyén és társadalom többet nyer, mint veszít. Nem hangsúlyozza ugyan, de gondolatmenetének szükségszerűen szerves részét képezi az autonóm, a szólásszabadságát gyakorló „beszélő". Világos, hogy ilyen beszélő nélkül a nyílt közvita és a demokratikus közvélemény sem létezhet. Azaz, a közös döntéshozatal minőségének javítása érdekében az egyéni autonómiát csorbító korlátozás nem lehet megalapozatlan, aránytalan vagy szükségtelen. Nem fekete vagy fehér a kép, nem a totális (az egyén autonómiáját el sem ismerő) kollektivizmus viaskodik a totális egyéni szabadsággal Fissnél; ő csupán amellett érvel, hogy a szabadság bizonyos esetekben korlátozható, de nem tagadja az autonóm beszélő szerepének fontosságát (még ha autonómiáját nem is tekinti teljesen korlátozhatatlannak). Ezek az esetek a kötetben részletesen bemutatásra kerülnek, ilyen például a médiahatalommal szembeni állami fellépés, a nőket megalázó pornográfia tilalma, az utcai szónok védelme vagy a művészetek állami támogatásának felhasználási módja – nincsen tehát szó a szólásszabadság általános korlátozásáról valamiféle utópisztikus, kollektivista ideál megvalósulása érdekében.

[12] Kifejezetten Fiss kötetével kapcsolatban született: Robert C. Post: Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence. 95 *Michigan Law Review* (1996–97) 1517. L. még uő.: The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and Hustler Magazine v. Falwell. 103 *Harvard Law Review* (1990) 603.; uő.: Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse. 64 *University of Colorado Law Review* (1993) 1109.; uő.: *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995.; uő.: Participatory Democracy and Free Speech. 97 *Virginia Law Review* (2011) 477.; Uő.: *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*. New Haven–London, Yale University Press, 2012.

[13] Post (1997) i. m. (12. lj.) 1524.

Post idézi Fisst, és kétségbe vonja annak jogosságát, hogy utóbbi a „közvita minősége" *(quality of the public debate)* miatt háttérbe szorítaná a „beszélő" autonómiáját.[14] De az idézett szövegrészt Post kiragadja környezetéből: Fiss elismeri a beszélő autonómiáját, de a hangsúlyt áthelyezi a „hallgatóra". Teszi mindezt a médiaszabályozás összefüggésében, ahol nehezebb a beszélői autonómiára hivatkozva cáfolni Fiss elméletét, hiszen a médiában a „beszélő" legtöbbször egy vállalat, egy intézmény, amelyen keresztül az alkalmazásában álló újságírók megszólalhatnak. (Megjegyzendő, hogy a média kollektivista alapú korlátozásának szükségességét több szerző vetette már fel[15] – és Post is a médiával szemben kritikus fejezetet tartja legtöbbre Fiss könyvéből[16] –, tehát ez a gondolat sokkal gyakrabban bukkan fel az amerikai jogirodalomban, mint a szólásszabadság médián kívüli, társadalmi érdekektől vezérelt korlátozása melletti érvelés.)

Még egyszer kiemelve, Fiss elméletében szükségszerűen helye van az autonóm beszélőknek is, és Posttal ellentétben én közte és Post teóriája között nem fundamentális, csupán hangsúlybeli különbséget érzek. Post kiemeli, hogy Fiss könyvében az államra kétféle szerepet oszt: a „tanárét", aki gondoskodik polgárai tájékoztatásáról és oktatásáról, valamint a „parlamenterét", *(parliamentarian)* amelyik moderálja, mederben tartja a közvéleményt, és lehetővé teszi valamennyi vélemény megjelenését. Talán fontos lett volna még inkább egyértelműsíteni Fiss könyvében, hogy az állam milyen esetben léphet fel egyik, illetve másik szerepkörében. „Valamennyi vélemény" megjelenésének lehetőségét biztosítani értelemszerűen csak médián kívüli helyzetekben lehetséges; Fiss nem kívánna többet elérni, mint hogy az elhalkított vagy eleve halk szavú társadalmi csoportok tagjai is részt vehessenek a társadalmi nyilvánosságban (azaz, ne emeljen még csak pszichés korlátot sem megszólalási lehetőségeik elé valamely, ellenük irányuló vélemény). Ez biztosítaná a polgárok közötti tényleges egyenlőséget, és ez lenne az állam mint parlamenter feladata. Az állam feladata ugyanakkor úgy megszervezni a médiarendszert, hogy az ellássa a tájékoztatás és az oktatás alapvető feladatait, a releváns álláspontok eljussanak a közönséghez; azaz, a média vonatkozásában a polgárok közötti egyenlőség elérése nem úgy valósul meg, hogy mindenkit odaengedünk a mikrofonhoz, hanem úgy, hogy a média mindenkit ellát megfelelő információkkal

[14] Uo. 1526., valamint Fiss: *Liberalism Divided*, 21.

[15] L. a már említett Sunstein és Baker művein (4–5. lj.) túl: Onora O'Neill: Practices of Toleration. In Judith Lichtenberg (szerk.): *Democracy and the Mass Media*. New York, Cambridge University Press, 1990.; Thomas Scanlon: Content Regulation Reconsidered. In Judith Lichtenberg (szerk.): *Democracy and the Mass Media*. New York, Cambridge University Press, 1990.; J. M. Balkin: Some Realism about Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment. *Duke Law Journal* (1990) 375.; James S. Fishkin: *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*. New Haven, Yale University Press, 1991.

[16] Post (1997) i. m. (12. lj.) 1533.

ahhoz, hogy utóbb megalapozott döntéseket hozhasson, vagy a közös döntéshozatalban megalapozottan vehessen részt. Ez utóbbi a „tanár"-állam feladata. Amit Post sérelmez, nevezetesen, hogy Fiss mindenkinek azonos esélyt akar adni ahhoz, hogy beszélhessen és hallható legyen,[17] csak médián kívüli kontextusban értelmezendő. Hogy aztán az egyenlő elvi eséllyel ki hogy él (közterületi gyűléseken, kocsmai beszélgetések során, lakossági fórumokon, vitaesteken, egyetemi szemináriumokon), más lapra tartozik, és e vitákban a formális egyenlőséget élvező felek további állami segítséget nem kapnak (illetve további állami korlátozást sem szenvednek el). A médiában az egyének közötti formális egyenlőség biztosítása nem képzelhető el, és a médiához való hozzáférés nem az egyéneket, hanem a *gondolatokat* illeti meg, hiszen „[n]em az a fontos, hogy mindenki beszélhessen, hanem hogy minden, ami fontos, ki legyen mondva"[18] (idézi Fiss maga is).

Fiss egy másik kritikusa, Horwitz azt hiányolja Fiss könyvéből, hogy nem mutatja be eléggé áttekintően az állami beavatkozás veszélyeit.[19] Mondhatnánk könnyedén, hogy a könyv nem erről szól, hiszen az állam másik (potenciálisan létező) arcát kívánja bemutatni. Világos, hogy az állam nemcsak a szólásszabadság barátja, hanem ellensége is lehet; Fiss csak a barátot mutatja be az olvasónak, hiszen az ellenséget már amúgy is ismerjük jól.

Horwitz hiányolja annak empirikus feltérképezését, hogy a pornográfia hozzájárul a nők „elcsendesítéséhez".[20] Igaz, Fiss nem mutat be ezzel kapcsolatos statisztikákat és közvéleménykutatási adatokat. Horwitz bizonyos értelemben fején találja a szöget, rögtön több szöget is: hiszen legtöbbször a szólásszabadság korlátozása elleni érvelések is különösebb empirikus alap nélkül épülnek fel, magától értetődőnek fogadva el olyan állításokat, mint például: „a szabályozatlan internet növeli a médiatartalmak sokszínűségét", vagy hogy „a média nem gyakorol olyan hatást a közönségére, amely indoka lehetne a szabályozásnak". Más társadalomtudományok eredményei nehézkesen csatornázódnak be a jogtudományba, és ez még az Egyesült Államokban sem ritka jelenség.

Horwitz szintén felrója Fissnek, hogy nem fejti ki világosan az „állampolgárság" koncepcióját, azt, hogy milyen szerepet tölt be az állampolgár a közéleti vitában. Fiss elképzelt állampolgára Horwitz szerint gyenge, rasszisták és pornófilmesek képesek elhallgattatni, a politikai kampányban arra hallgat, aki abba sok pénzt fektetett be, és nem törődik azzal, hogy sokféle véleménnyel találkozzon.[21] Horwitz

[17] Uo. 1537.

[18] MEIKLEJOHN (1965) i. m. (3. lj.) 26.

[19] Paul HORWITZ: Citizenship and Speech. A Review of Owen M. Fiss, The Irony of Free Speech and Liberalism Divided. 43 *McGill Law Journal* (1998) 445., 456.

[20] Uo. 462.

[21] Uo. 463.

kritikája két ponton csúsztat. Egyrészt, az egyenlőség általános elvének a jogi szabályozásba való átültetésekor nem lehet az erős, bátor, önálló állampolgárok mércéjéből kiindulni (ez esetben nem is lenne szükség a szabályozásra), igaz, szintén nem lehet a fokozott érzékenységű, magatehetetlen, mindenben gyámolításra szoruló „leggyengébb" állampolgárt sem kiindulópontnak venni; a szabályozás szintjét a kettő közé kell helyezni. Másrészt, nemcsak az a fontos, hogy a rasszisták és pornófilmesek (vegyük ezt a két példát) elcsendesítik a kevésbé határozott és kemény polgárt, hanem az is, hogy az elcsendesítettek hangja, véleménye így senkihez nem jut el (még az erősekhez sem).

Az állampolgárság eszményéről a szólásszabadság vonatkozásában egyébként többen is írtak már. Feintuck és Varney szerint a médiaszabályozás legfőbb célja a közérdek szolgálata. A többféle azonosítható érdek közül pedig kiemelt jelentőséget kap az állampolgárság érdeke. Az állampolgár megfelelő tájékoztatást kap a médián keresztül, kellő mennyiségű és minőségű műsor közül választhat, és nincsen kiszolgáltatva a piaci verseny eredményeképpen megszülető kínálatnak. Az állam tehát segítségére van abban, hogy állampolgári felelősségének megfelelően cselekedhessék.[22] Born és Prosser az állampolgárság eszményét a közszolgálati média egyik alapvető indokaként tételezi.[23] Mint írják, a társadalom szükségszerűen több, mint az azt alkotó individuumok összessége. Az állampolgárság eszményének való megfelelés fokozott felelősséget hárít a közszolgálati médiumokra, egyben indokolja azok létét. A közösség részeként élő állampolgár, aki megfelelő tájékozottsággal bír, és elért egy megfelelő kulturális szintet, képes a döntéshozatalra, képes aktívan befolyásolni saját és környezete sorsát; a közszolgálati média nagy segítségére lehet mindebben.

De térjünk vissza Horwitz kritikájához, amelyben Brandeis főbíróra hivatkozik, aki a közéleti vitában való részvételt állampolgári kötelezettségként értékelte. Igaz, hogy Brandeis nem jogi, hanem „politikai" (azaz morális) kötelezettségre utalt – Thuküdidészt parafrazálva[24] – a Legfelső Bíróság Whitney-ügyben hozott híres ítéletében.

„Azok, aki kivívták függetlenségünket, hittek abban, hogy az állam végső célja az emberek szabaddá tétele képességeik fejlesztésére; hogy a kormányzás döntéseiben a szabadon gondolkodók csoportjának mindig felül kell kerekedniük az önkényen. A szabad szólást egyszerre célként és eszközként is értékelték. Hitték, hogy a boldogság titka a szabadság, a szabadság titka pedig a bátorság. Hitték,

[22] Mike FEINTUCK – Mike VARNEY: *Regulation, Public Interest and the Law*. Edinburgh University Press, 2006 (2. kiadás). 107–111., 117–125.

[23] Georgina BORN – Tony PROSSER: Culture and Consumerism: Citizenship, Public Service Broadcasting and the BBC's Fair Trading Obligations. *Modern Law Review*, September 2001. 657.

[24] Vincent BLASI: The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California. *William and Mary Law Review*, Summer, 1988. 653.

hogy a jog arra, hogy úgy gondolkodj, ahogyan akarsz, és azt mondhasd, amit gondolsz, elengedhetetlen az igazság felderítéséhez és terjesztéséhez a közéletben. [...] [Hitték], hogy a szabadság legveszélyesebb ellenfele a közömbösség, hogy a közéleti vitában való részvétel politikai kötelezettség, és hogy mindez az amerikai alkotmányos berendezkedés alapvető elve kell, hogy legyen."[25]

Azaz, a jog célja nem lehet a polgárok rákényszerítése a közvitában való részvételre; a jog a részvétel lehetőségének megteremtésében képes segédkezni. Fiss sem kívánna többet tőle; ily módon Brandeis és Fiss egyáltalán nincsenek messze egymástól.

Fiss művének (illetve az abban foglalt egyes tanulmányoknak) nemcsak kritikusai, hanem támogatói is akadnak az amerikai jogirodalomban. Közülük is kiemelendő Morris Lipson.[26] Lipson Posttal szemben védi Fiss (és Meiklejohn) álláspontját. Mint állítja, Post abban téved, hogy a társadalmi nyilvánosság „menedzselése", azaz a nyilvánosság működésébe való állami beavatkozás szükségszerűen csorbítja az egyéni autonómiát, és ezáltal gyengíti a közös döntéshozatal legitimitását, erejét. A beavatkozással pedig rákényszeríti polgáraira a demokrácia működésének egyfajta módját, elzárva előlük a működés többi lehetőségnek választását. Lipson ezzel szemben úgy véli, hogy a vélemények piacának korlátozása (megfelelő módon és indokok alapján) nemhogy a demokrácia társadalomra oktrojált egyféle útja, hanem a közös döntéshozatal – és így magának a demokráciának a – minimális feltétele.[27] Azaz, a Fiss által is proponált állami beavatkozások nem fosztják meg az embereket más lehetőségek választásától, hanem lehetővé teszik számukra a demokratikus közvélemény működését. Post – így Lipson következtetése – összekeveri a demokrácia alapvető feltételét a demokrácia egy választott fajtájával.

Lipson is kiemeli, hogy a „beszélő" és a „hallgató" autonómiájának szembeállítása mesterkélt lépés, mert utóbbi autonómiája csak akkor biztosítható, ha az állam lehetővé teszi a polgárai birtokában lévő információk továbbítását, azaz előbbi autonómiáját is.[28] A demokráciához azonban mindkettőre szükség van, és állami beavatkozás (jogi korlátozás) hiányában a „hallgatóhoz" nem jutnak el a releváns információk.

[25] *Whitney v. California*, 274 US 357, 375–78. (1927).
[26] Lipson i. m. (6. lj.).
[27] Uo. 2259–2261.
[28] Uo. 2267.

III. Fiss Európában

Minden, amit Fiss leír, amerikai kontextusban nyer értelmet. Bizonyos értelemben Fiss könyve mégis „európai", hiszen az európai jogrendszerek – mi több, bizonyos vonatkozásban a közös európai jog is – már régóta alkalmazzák azon jogi megoldásokat (a szólásszabadság azon korlátozásait), amelyek alapját a professzor az Egyesült Államok vonatkozásában kívánja lefektetni.

A magyar Alkotmánybíróság például születése után két évvel – Fiss könyvének megjelenése előtt néggyel – már felismerte az egyéni szabadság és a demokratikus döntéshozatal egymás mellett létező értékét a vélemény- és sajtószabadság védelmének indokaként [30/1992. (V. 26.) AB határozat]. A legutóbbi, a sajtószabadsággal foglalkozó döntés szintén rögzíti, hogy „[a]z Alkotmánybíróság gyakorlatában [...] a szabad véleménynyilvánítás joga kettős megalapozottsággal bír: a véleményszabadság egyszerre szolgálja az egyéni autonómia kiteljesedését és a közösség oldaláról a demokratikus közvélemény megteremtésének, fenntartásának a lehetőségét" [165/2011. (XII. 20.) AB határozat].

A szabályozás alapjául szolgáló egyes igazolások tehát nem feltétlenül zárják ki egymást, sőt, olykor óhatatlanul egymás mellett léteznek. Vegyük példának a válaszadási jog (sajtó-helyreigazítás) intézményét, amely bizonyos formában a fent említett *Red Lion*-döntés által legfelső bírósági megerősítést is nyert az Egyesült Államokban, és amely Európában szinte minden államban létezik valamely formában: a hamis állításokkal, sérelmes közleményekkel szembeni válaszjog egyszerre szolgálja a sérelmet szenvedett egyén autonómiáját, a közönség széles körű tájékoztatását, valamint az igazság keresését. Azaz, a szólásszabadság valamennyi elvi alátámasztása szempontjából elfogadható. Fiss tételei sem zárják ki azt, hogy a szólás- és sajtószabadság korlátainak meghatározásánál egyszerre több szempont is jelen legyen.

Ha végignézzük, milyen jogintézmények, jogi megoldások léteznek csak a médiaszabályozás területén, amelyek Fiss téziseivel harmóniában vannak, hosszú listát kapunk. A média területén Európában széles körben – némely előírás tekintetében gyakorlatilag minden államban – létezik például a már említett válaszadási jog, európai műsorkvóta-előírás a televíziók számára, a kötelező műsorterjesztést előíró *must carry* szabály, a gyűlöletbeszéd korlátozása, a magánélet és a jó hírnév védelme, a gyermekek védelmének jogszabályi rendszere, a kiegyensúlyozott tájékoztatás előírása, a médiapluralizmust célzó egyéb szabályok.

Fiss könyve 1996-ban jelent meg, 17 évvel ezelőtt, az egyes fejezetek alapjául szolgáló tanulmányok pedig még régebben születtek meg. Azóta a média világa jelentős átalakuláson ment keresztül, amelynek körvonalai már 1996-ban is lát-

[29] Owen M. Fiss: In Search of a New Paradigm. 104 *Yale Law Journal* (1994–95) 1613.

szódtak, és amely messze nem tekinthető még lezárt folyamatnak. Fiss egy 1995-ös írásában maga is felveti annak a szükségességét, hogy az internet (és általában a digitális média) térhódítása miatt előbb-utóbb szükségessé válhat téziseinek felülvizsgálata.[29] Fiss könyvében a szólásszabadság paradigmaváltását jól átélhető szimbólumokkal ábrázolta: mint írja, a szólásszabadság szabályozásának az „utcasarki szónok" *(street corner speaker)* védelme helyett a CBS (azaz a nagy kereskedelmi televíziók) kordában tartására kell fókuszálnia (miközben az utcasarki szónokot továbbra is meg kell védenie). Kérdés, hogy az internet megjelenésével változtatandó-e az újabb paradigma, és ha igen, milyen módon.

Akik szerint Fiss könyve már idejétmúlt, abból indulnak ki, hogy az internet, amely minden korábbihoz képest jóval demokratikusabb médium, mert ingyenesen lehetővé teszi bárkinek a gondolatok piacára való belépést, méghozzá úgy, hogy rögtön emberek millióihoz juthat el egy-egy vélemény, szükségtelenné tette a televízióhoz és a rádióhoz kapcsolódó, azok technikai sajátosságaihoz illeszkedő szabályozást. Mi értelme lenne az államnak tevőlegesen beavatkoznia a gondolatok piacának működésébe, ha az interneten e nélkül is bármely gondolat nyilvánossághoz juthat? Az állam az internet szabályozásával hasznot nem hoz a demokratikus közvélemény számára, ártani viszont nagyon is tud. Ha pedig az internet elvégezte az állam mint „tanár" feladatát, akkor végeredményben a – technikai értelemben vett szűkösségétől időközben maga is megszabaduló – televízió és rádió szabályozására sincs szükség. Horwitz is felrója Fissnek, hogy teóriája nem reflektál az internet térnyerésére.[30]

Ahogyan arról korábban már esett szó, az internetnek a demokrácia érintetlen rezervátumaként való érzékelése is híján van az empirikus alátámasztásnak. Az empíria éppenséggel eltérő következtetésekre is vezethet. Matthew Hindman könyve például konkrét és tömeges adatokra támaszkodva állapítja meg (az Egyesült Államok vonatkozásában!), hogy a gondolatok piacának az interneten állami beavatkozás hiányában is vannak problémái. Az internet felhasználói meglepően csekély arányban keresnek politikai-közéleti tartalmakat, a tartalmak közönséghez való eljuttatásában kulcsfontosságú keresőprogramok (például a Google) egyáltalán nem demokratikusan működnek, azaz a létező tartalmak egy kisebb részére irányítják rá a figyelmet, az információt kereső felhasználók jobbára megelégszenek a keresőprogram által preferált tartalmakkal, a mérhető látogatottságú, közéleti tartalmú weboldalak száma meglepően alacsony, azaz a piac az interneten is erősen koncentrált, a leghatékonyabb véleményformálók pedig az interneten is az offline világban meghatározó erejű nagy médiavállalkozások, vagy azok a bloggerek, akik kvalifikáltságuk, előéletük, társadalmi pozíciójuk folytán amúgy

[30] Horwitz i. m. (19. lj.) 460.

sem lennének kiszorítva a médiából (azaz a blog-univerzum sokak által figyelemmel kísért része nem növeli a tartalmak diverzitását vagy az egyes társadalmi rétegek reprezentációját a véleményformálók körében).[31]

Ha ez a helyzet az Egyesült Államokban, akkor próbáljuk meg elképzelni (átfogó empirikus kutatások hiányában) a magyar online valóságot. Az internetben rejlő potenciális lehetőségeket nem szabad összekeverni a valós folyamatokkal. A jövőbeni szabályozás tartalma tehát egyelőre bizonytalan, és még nem tudjuk, miként teljesíti az internet azt, amit a jogrendszer a televíziótól és a rádiótól megkövetelt (miközben a „hagyományos" médiumok egyelőre szintén velünk maradnak, tehát azok szabályozásáról is döntéseket kell hozni).

Fiss könyve egyáltalán nem tekinthető idejétmúltnak, mert ha megfigyeljük a sajtószabadság és a médiaszabályozás történetét, azt tapasztaljuk, hogy a válaszra váró kérdések jobbára változatlanok, csak a válaszok változnak az idővel, a technikával, az emberekkel. A szabadság és az általa megsérthető jogok és érdekek egyensúlya médium- és technikafüggetlen problémaként marad velünk. A média demokratikus feladatának azonosítása, a teljesítéséről való gondoskodás szintúgy.

Fiss felvetéseinek némelyike Európában evidenciának tűnik, hiszen a médiába való állami (szabályozói) beavatkozás elvi lehetősége nem vitatott, sőt az Európai Unió által kötelezően elvárt. De a médiavilág folyamatos változása, az európai államok közös és állami szintű folyamatos gondolkodása a szólás szabályozásáról a korábbi igazságokra, alapvetésekre való újabb és újabb reflexiót tesz szükségessé. Fiss könyvében régi és még sokáig velünk maradó kérdéseket tesz fel, és ad rájuk – a konkrétumokon túl, azokon felül – általános érvénnyel elfogadható (és persze vitatható, de semmiképpen nem negligálható) válaszokat. A magyar kiadás, bár némileg elkésett, de megkésettnek így nem tekinthető.

Koltay András

[31] Matthew Hindman: *The Myth of Digital Democracy*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2008.

Owen M. Fiss

Owen M. Fiss 1938-ban New Yorkban született, 1959-ben a Darthmouth College-ben B.A., 1961-ben Oxfordban B.Phil., majd 1964-ben a Harvard jogi karán LL. B. diplomát szerzett. 1964–1965-ben Thurgood Marshallnak, az Egyesült Államok Másodfokú Fellebbviteli Bírósága akkori bírájának, majd a következő évben az ifj. William J. Brennannek, az Egyesült Államok Legfelső Bírósága akkori bírájának írnoka, 1966 és 1968 között az Igazságügyi Minisztérium Magánjogi Osztályának munkatársa volt. 1968 és 1974 között a University of Chicago jogtudományi professzoraként, 1973 őszi szemeszterében a Stanford University vendégprofesszoraként, 1974-től 1982-ig a Yale Egyetem jogi professzoraként tanított, majd 1992-től az egyetem Sterling professor emeritusa és jogi mestertanára.

A *Boston Review* társszerkesztője, a *Foundation Press*, az *Ars Interpretandi (Journal of Legal Hermeneutics)*, a *DOXA (Cuadernos de filosofía del derecho)*, a *Journal of Law and Liberation*, a *Law, Economics and Organization*, a *Philosphy & Public Affairs*, a *Yale Journal of Criticism* és a *Yale Journal of Law and Humanities* szerkesztőbizottságának tagja. Emellett az Iran Human Rights Documentation Center, a Vanderbilt Institute of Policy Studies, az Alexander Meiklejohn Institute for Legal Studies, a Seminario Eduardo García Máynez & Isonomía, a Lawyers Committee for Civil Rights Under Law Board of Trustees tanácsadója, a Center for Computer-Assisted Legal Instruction, a John Sloan Dickey Center for International Understanding, valamint a kanadai Center for Constitutional Studies bizottságának tagja.

Szakmai pályafutása alatt Fisst számos kitüntetéssel és elismeréssel jutalmazták: graduális hallgatóként Rufus Choate, Reynolds- és Fulbright-ösztöndíjas is volt, 1993 és 1995 között Humboldt-ösztöndíjat kapott, 1995-ben elnyerte az American Council of Learned Societies ösztöndíját is, valamint az American Academy of Arts and Sciences tagjának választották. 2004-ben megkapta a University of Toronto jogi doktori címét, 2008-ban az Universidad de Palermo díszdoktora lett.

Bibliográfia

Önálló kötetei:

The Dictates of Justice: Essays on Law and Human Rights. Republic of Letters, Dordrecht, 2011.

A Way Out: America's Ghettos and the Legacy of Racism. Princeton, Princeton University Press, 2003.

The Law As it Could Be. New York, New York University Press, 2003.

A Community of Equals: The Constitutional Protection of New Americans. Boston, Beacon Press, 1999.

Liberalism Divided: Freedom of Speech and Many Uses of State Power. Colorado, Westview Press, 1996.

The Irony of Free Speech. Cambridge, Harvard University Press, 1996.

Troubled Beginnings of the Modern State, 1888–1910. Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

The Civil Rights Injunction. Bloomington, Indiana University Press, 1978.

Injunctions. New York, Foundation Press, 1972.

Társszerzőkkel írt kötetei:

Judith RESNIK – Owen FISS: *Adjudication and its Alternatives.* New York, Foundation Press, 2003.

Robert M. COVER – Judith RESNIK – Owen FISS: *The Federal Procedural System: A Rule and Statutory Source Book.* New York, Foundation Press, 1988.

Robert M. COVER – Judith RESNIK – Owen FISS: *Procedure.* New York, Foundation Press, 1988.

Robert M. COVER – Owen FISS: *The Structure of Procedure.* New York, Foundation Press, 1979.

Név- és tárgymutató

C

Cs

D

E

F

G

Gy

H

S

Sz

T

U, Ú

V

W

Z

Owen Fiss könyve az Egyesült Államok szólásszabadság-jogi irodalmának sztenderdjeihez mérten akár radikálisnak is nevezhető. Mondanivalójának lényege, hogy az állam – amely törvényalkotási felhatalmazása folytán szabályozni tudja a szólásszabadság és a média területét is, illetve amely a kormányzaton, a bíróságokon és a különféle hatóságokon keresztül felügyelni tudja a szabályozás betartását, valamint képes korrekciókra, amennyiben az szükségessé válik – a szólásszabadság barátja is lehet. Nagy gondolati ugrás ez a korábbi „bevett" dogmától, miszerint az államtól óvakodni kell, mert potenciális elnyomó hatalmánál fogva a szólásszabadság indokolatlan korlátozására is képes.

Fiss felvetéseinek némelyike Európában evidenciának tűnik, hiszen a médiába való állami (szabályozói) beavatkozás elvi lehetősége nem vitatott, sőt az Európai Unió által bizonyos mértékben kötelezően elvárt. De a médiavilág folyamatos változása, az európai államok közös és állami szintű folyamatos gondolkodása a szólás szabályozásáról a korábbi igazságokra, alapvetésekre való újabb és újabb reflexiót tesz szükségessé. Fiss könyvében régi és még sokáig velünk maradó kérdéseket tesz fel, és ad rájuk – a konkrétumokon túl, azokon felül – általános érvénnyel elfogadható (és persze vitatható, de semmiképpen nem negligálható) válaszokat. A magyar kiadás, bár némileg elkésett, de megkésettnek így nem tekinthető.



9 789632 953311

Wolters Kluwer
CompLex Kiadó